



## ***TESIS DOCTORAL***

# ***La trata de personas: la ‘trata delito’ y la ‘trata violación de derechos humanos’. Reconsideraciones sobre el concepto de trata y examen de las obligaciones de los Estados***

**Autora:**

**Ángela Trujillo del Arco**

**Directora:**

**Dra. Ana María Manero Salvador**

**Tutora:**

**Dra. Ana María Manero Salvador**

**Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas**

Leganés/Getafe, septiembre de 2017



## TESIS DOCTORAL

# **LA TRATA DE PERSONAS: LA *TRATA DELITO* Y LA *TRATA VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS*. RECONSIDERACIONES SOBRE EL CONCEPTO DE TRATA Y EXAMEN DE LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS**

***Autora:*** *Ángela Trujillo del Arco*

***Directora:*** *Dra. Ana María Manero Salvador*

Firma del Tribunal Calificador:

Firma

Presidente: (Nombre y apellidos)

Vocal: (Nombre y apellidos)

Secretario: (Nombre y apellidos)

Calificación:

Leganés/Getafe, de de

## Índice

Abreviaturas .....	ix
Agradecimientos.....	xi
Resumen .....	xiii
Introducción .....	1
Primera Parte. El delito de la trata de personas	
Capítulo I. La evolución histórica del concepto de la trata de personas .....	11
1. Los inicios. La trata de blancas en la era pre-Sociedad de las Naciones .....	11
1.1. Los anales del movimiento contra la trata de blancas .....	11
1.2. El debut de las conferencias internacionales sobre la trata de blancas y los primeros <i>travaux</i> .....	17
1.2.1. El Congreso Internacional sobre la Trata de Blancas del año 1899 ....	17
1.2.2. La Conferencia Internacional para la Represión de la Trata de Blancas del año 1902 .....	19
1.2.2.1. Las negociaciones previas de los primeros tratados internacionales sobre la trata de blancas .....	19
1.2.2.2. Los primeros debates sobre el contenido del delito de la trata de blancas .....	20
1.2.3. La Segunda Conferencia para la Represión de la Trata de Blancas del año 1910 .....	26
1.3. Los primeros tratados internacionales sobre la represión de la trata de blancas .....	28
1.3.1. El Acuerdo Internacional para la Supresión de la Trata de Blancas del año 1904 .....	28
1.3.2. La Convención Internacional relativa a la Represión de la Trata de Blancas del año 1910 .....	32
2. La trata en la era de la Sociedad de las Naciones .....	36
2.1. El Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños del año 1921 .....	37
2.2. El Convenio Internacional relativo a la Represión de la Trata de	

	Mujeres Mayores de Edad del año 1933 .....	39
3.	La trata en la era de las Naciones Unidas .....	43
3.1.	La Convención para la Represión de la Trata de Personas y la Explotación de la Prostitución de Otros del año 1949 .....	43
3.2.	La evolución de la conceptualización de la trata de personas en la era de las Naciones Unidas hasta la conclusión del Protocolo de Palermo.	49
3.3.	La llegada del consenso internacional. El Protocolo de Palermo .....	55
3.3.1.	La evolución de la configuración de la trata de personas durante las negociaciones del Protocolo de Palermo .....	56
3.3.1.1.	La trata de mujeres y niños vs. la trata de personas.....	57
3.3.1.1.1.	La trata de mujeres y niños vs. la trata de personas en el texto del Protocolo de Palermo .....	57
3.3.1.1.2.	La postura <i>de jure</i> vs. la postura <i>de facto</i> .....	59
3.3.1.1.3.	Planteando la actualidad del “mito de la trata de blancas” .....	66
3.3.1.2.	La represión de la trata internacional vs. la trata nacional y los sujetos activos .....	69
3.3.1.2.1.	Promoviendo el combate de la trata nacional en Palermo .....	69
3.3.1.2.2.	Los tratantes en Palermo .....	72
3.3.1.2.3.	De la confusión en torno al alcance de la trata en Palermo a través del Artículo 4 del “ámbito de aplicación” .....	73
3.3.2.	La definición de la trata de personas del Protocolo de Palermo y sus problemáticas .....	76
3.3.2.1.	La nueva definición de la trata de personas .....	76
3.3.2.2.	El distanciamiento de Palermo del debate de la prostitución a través del rol del consentimiento de la víctima .....	77
3.3.2.3.	Un remarque para el futuro. El rol del consentimiento en la prevención de la trata .....	78
3.3.2.4.	Las disfuncionalidades de la definición de la trata de personas .....	79
3.3.3.	Diferenciación de figuras afines: la trata de personas vs. el agravante del tráfico de migrantes .....	84
3.3.4.	El enfoque seguido por el Protocolo de Palermo en su combate de la trata .....	87
3.3.4.1.	Las 3Ps en la trata como delito .....	87

3.3.4.2.	Las medidas de protección de las víctimas y la ausencia de un enfoque de derechos humanos en Palermo .....	89
3.3.4.3.	Las medidas de prevención y el rol del consentimiento en su determinación .....	95
3.3.4.4.	La obligación de penalizar y otras medidas para combatir la trata de personas .....	98
3.3.4.4.1	¿Qué se penaliza bajo la obligación de penalizar la trata? .....	98
3.3.4.4.2.	La obligación de procesar a los tratantes y la merma de los derechos humanos .....	101
3.4.	Una observación final .....	104
Capítulo II.	La finalidad de explotación en el Protocolo de Palermo .....	105
1.	La incorporación de múltiples “finalidades de explotación” en Palermo .....	105
2.	La explotación de la prostitución de otros y otras formas de explotación sexual .....	107
3.	Los trabajos o servicios forzosos .....	111
3.1.	El trabajo forzoso como finalidad de explotación de la trata .....	111
3.2.	El combate de la trata en la OIT. El trabajo forzoso como finalidad de explotación omnicomprendiva .....	113
3.3.	Desenmascarando al trabajo forzoso como concepto omnicomprendivo .....	117
3.3.1.	Primer <i>round</i> : <i>trabajo forzoso vs. esclavitud</i> .....	117
3.3.2.	Segundo <i>round</i> : <i>trabajo forzoso vs. trata de personas</i> .....	123
3.3.3.	Tercer <i>round</i> : <i>trabajo forzoso vs. explotación sexual</i> .....	126
3.3.4.	K.O. ....	131
4.	La esclavitud .....	132
4.1.	Breve introducción de la relación histórica entre la trata de personas y la esclavitud .....	132
4.2.	La esclavitud como figura omnicomprendiva: la trata como una forma de esclavitud .....	134
4.3.	La determinación del concepto de esclavitud .....	140
5.	La trata con fines de extracción de órganos .....	146
6.	Las prácticas análogas a la esclavitud y la servidumbre .....	151

6.1.	La relación en el Protocolo de Palermo entre la esclavitud, las prácticas análogas a la esclavitud y la servidumbre.....	151
6.2.	La relación en el derecho internacional general entre la esclavitud y las prácticas análogas a la esclavitud .....	154
6.3.	Los cuatro tipos de prácticas análogas a la esclavitud .....	157
6.3.1.	La servidumbre por deudas .....	157
6.3.2.	La servidumbre de la gleba .....	158
6.3.3.	Los matrimonios serviles .....	161
6.3.4.	La adopción de niños para su explotación .....	166
7.	La trata de personas como delito autónomo y la evolución hacia su configuración última .....	173
7.1.	La esencia de la trata de personas .....	173
7.2.	Hacia un concepto de explotación en el ámbito de la trata de personas	176
7.3.	La trata de personas dirigida a su explotación en propósitos o fines ilícitos .....	184
Segunda parte. La trata de personas como una violación de derechos humanos		
Capítulo III. La protección de las víctimas de la trata a través de tratados internacionales con referencias originarias a su combate .....		
1.	Tratados internacionales con referencias originarias a la lucha contra la trata .....	189
2.	La <i>trata violación de derechos humanos</i> : obligaciones y responsabilidad para los Estados .....	191
3.	La trata de personas como una violación de derechos humanos en la CEDAW .....	194
3.1.	El concepto originario de la trata combatida en la CEDAW .....	194
3.2.	La implementación de la prohibición de la trata en la CEDAW .....	195
3.2.1.	Las observaciones finales del Comité CEDAW y la trata .....	196
3.2.1.1.	La adopción de medidas legislativas para suprimir la trata .....	196
3.2.1.2.	La adopción de otras medidas apropiadas para suprimir la trata .....	198
3.2.1.2.1..	Sobre los destinatarios de las medidas a adoptar por los Estados Parte de la CEDAW .....	199
3.2.1.2.2.	Sobre la ausencia de datos sobre la trata .....	200
3.2.1.2.3.	Sobre la asistencia, protección e identificación de víctimas .....	201

3.2.1.2.4.	Sobre la capacitación y la concienciación sobre la trata .....	202
3.2.1.2.5.	Sobre la detección de grupos y situaciones vulnerables .....	204
3.2.1.2.6.	Sobre la implicación de los funcionarios públicos en la trata .....	205
3.2.1.2.7.	Sobre la postura del Comité CEDAW en cuanto a la prostitución .....	205
3.2.2.	Las comunicaciones individuales al Comité CEDAW y la trata .....	206
3.3.	Sobre las especificidades de la lucha contra la trata en la CEDAW ...	209
3.4.	Sobre las debilidades y fortalezas de proteger a las víctimas de la trata a través de la CEDAW .....	211
4.	La trata de personas como una violación de derechos humanos en el Convenio de Varsovia .....	214
4.1.	La convivencia de la <i>trata delito</i> y la <i>trata violación de derechos humanos</i> .....	214
4.2.	Careo: <i>Palermo vs. Varsovia</i> ¿Quién garantiza los derechos humanos? .....	216
5.	Una observación final .....	221
Capítulo IV. La prohibición de la trata de personas en el sistema regional europeo de protección de los derechos humanos y las obligaciones positivas para los Estados .....		223
1.	El punto de partida. La exclusión originaria de la prohibición de la trata de personas del Convenio Europeo de Derechos Humanos .....	223
2.	La evolución. La introducción de la prohibición de la trata de personas en el CEDH .....	230
2.1.	Cuestión primera. La manera de incluir a la trata de personas en el CEDH .....	230
2.1.1.	Valoración inicial sobre la falta de inclusión originaria de la trata de personas en el CEDH .....	230
2.1.2.	La superación del carácter tendencialmente estático de los tratados internacionales en el CEDH .....	234
2.1.3.	El cambio en la valoración de la falta de inclusión de un derecho humano o libertad fundamental en los <i>travaux préparatoires</i> .....	237
2.1.4.	La estructura del sistema europeo de protección de los derechos humanos como validador del TEDH para introducir la doctrina de la interpretación evolutiva .....	240

2.1.5.	Resolviendo el primer interrogante .....	245
2.2.	Cuestión segunda. El fundamento de la introducción de la trata de personas en el CEDH. Los requisitos .....	246
2.2.1.	Las circunstancias exigidas para la aplicación de una interpretación evolutiva .....	246
2.2.2.	Requisitos para la aplicación de la interpretación evolutiva sobre la prohibición de la trata de personas .....	249
2.2.3.	Las deficiencias del argumento esgrimido por el TEDH para introducir a la prohibición de la trata de personas en el CEDH .....	252
2.3.	Cuestión tercera. La extensión en la cual la trata se incluye en el CEDH .....	264
2.3.1.	Las obligaciones positivas para los Estados Miembros del CEDH .....	264
2.3.2.	El <i>Asunto de Siliadin c. Francia</i> . El debut de las obligaciones positivas y delimitación de los tipos de explotación en el Artículo 4 del CEDH .....	268
2.3.2.1.	Los hechos del caso .....	268
2.3.2.2.	El resultado del caso. El dictamen del Tribunal Europeo .....	269
2.3.2.2.1.	Sobre la introducción de la trata de personas en el CEDH .....	270
2.3.2.2.2.	Sobre las obligaciones positivas exigibles a los Estados bajo el Artículo 4 del CEDH .....	270
2.3.2.2.3.	Sobre la violación del Artículo 4 del CEDH en <i>Siliadin</i> y la viabilidad del argumento del dictamen del TEDH en cuanto a los tipos de explotación .....	275
2.3.3.	Repensando el constructo del TEDH sobre el Artículo 4 del CEDH....	282
2.3.3.1.	Conflictos internos en el constructo del Artículo 4 del CEDH tras <i>Siliadin</i> .....	282
2.3.3.2.	Soluciones a los conflictos internos del Artículo 4 del CEDH y las consecuencias de su no resolución .....	285
2.3.4.	Las obligaciones positivas en materia de trata de personas .....	291
2.3.4.1.	Los hechos del <i>Asunto de Rantsev</i> que generarán la adopción de obligaciones positivas sobre trata .....	292
2.3.4.2.	El reconocimiento de las obligaciones positivas en materia de trata de personas .....	293



2.3.4.2.1.	La obligación positiva de establecer un marco legislativo y administrativo adecuado sobre la trata de personas .....	294
2.3.4.2.2.	La obligación positiva de adoptar medidas de protección operativas ..	297
2.3.4.2.3.	La obligación de procedimiento de investigar los posibles casos de trata .....	307
2.3.4.2.4.	Un buen cierre. Las consecuencias de identificar violaciones del Artículo 4 del CEDH .....	324
	Conclusiones .....	327
	Bibliografía y recursos documentales .....	337



## Abreviaturas

Abreviaturas de Instituciones, Organismos, Comisiones, Convenciones y otras siglas de interés

AGNU	Asamblea General Naciones Unidas
CAT	Committee Against Torture
CEDAW	Convention on the Elimination of Discrimination against Women
Comité CEDAW	Committee on the Elimination of Discrimination against Women
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
COE	Consejo de Europa
CRC	Convention on the Rights of the Child
CV69	Vienna Convention on the Law of Treaties 1969
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
ECOSOC	Economic and Social Council
EU /UE	European Union / Unión Europea
EUROPOL	European Police
FRONTEX	Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes
ILC /CDI	International Law Commission / Comisión de Derecho Internacional
INTERPOL	International Criminal Police
GRETA	Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings
HCA	High Court of Australia
HRC	Human Rights Council
ICAT	Inter-agency Coordination Group against Trafficking in Persons
ICCPR / PIDCP	International Covenant on Civil and Political Rights / Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
ICJ	International Court of Justice
ILO/OIT	International Labour Organization / Organización Internacional del Trabajo
IOM	International Organization for Migration

IPEC	International Programme on the Elimination of Child Labour
OHCHR	Office of the High Commissioner for Human Rights
ONG	Organización No Gubernamental
PIDCP / ICCPR	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos / International Covenant on Civil and Political Rights
SAP-FL	Special Action Programme to Combat Forced Labour
SCSL	Special Court for Sierra Leone
TEDH/ECHR	Tribunal Europeo de Derechos Humanos / European Court of Human Rights
TPIY	Tribunal Penal Internacional ex Yugoslavia
UE / EU	Unión Europea / European Union
UN	United Nations
UNDP	United Nations Development Programme
UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees
UNICEF	United Nations International Children's Emergency Fund / The United Nations Children's Fund
UNODC	United Nations Office on Drugs and Crime
Abreviaturas de referencias bibliográficas	
CETS	Council of Europe Treaty Series
ETS	European Treaty Series
LNTS	League Nations Treaty Series
UNTS	United Nations Treaty Series

## Agradecimientos

Hay tres personas que han sido fundamentales en la construcción de esta tesis y a ellas les debo un profundo agradecimiento. A mi directora, Ana Manero por apoyarme, motivarme y orientarme. A mi madre, Carmen del Arco por acompañarme incondicionalmente en cada instante del proceso y en lo que éste supone. Y a mi amiga y compañera de doctorado, Anastasiya Koroleva por todas las alegrías y desesperanzas de doctorandas compartidas durante este periodo. En definitiva, a tres grandes mujeres.



## Resumen

Esta tesis doctoral tiene por finalidad contribuir al campo de la investigación del derecho internacional de los derechos humanos a través del análisis de algunas cuestiones irresolutas en el ámbito del combate de la trata de personas y mediante la propuesta de vías para su resolución. Durante el camino que se recorrerá para dar satisfacción a este objetivo tres cuestiones dominarán el discurso, a saber, la relación entre la *trata delito* y la *trata violación de derechos humanos*, los perennes desencuentros sobre el entendimiento del concepto de la trata y el contenido de las obligaciones exigibles a los Estados, susceptibles de generar su responsabilidad, en materia de trata de personas.





## Introducción

Todo lo que se verá en este trabajo versa sobre la explotación de las personas. Concretamente, sobre su explotación a través de la trata de seres humanos. En aras de la claridad, es imperativo partir con una presentación sucinta de aquel concepto que permita al lector ubicarse en la apropiada línea discursiva. En pureza:

“Por *trata de personas* se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, por medio de la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra persona, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.<sup>1</sup>

Cuando el tema que ocupa es la trata de personas se está hablando, por ejemplo, sobre hombres originarios de Bangladesh que son reclutados en Grecia para trabajar, teóricamente, en un campo de fresas en Manolada y que terminan por encontrarse en

---

<sup>1</sup> Esta es una traducción propia de la autora de la voz inglesa de la definición de la trata de personas consagrada en el Artículo 3 letra (a) del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000. Teniendo en cuenta que existen versiones auténticas tanto en español como en inglés – Artículo 20 apdo. 2 –, debe decirse que el hecho de ofrecer una traducción con precisiones específicas tiene su razón de ser. Esto es así porque la versión española auténtica del precepto reza como sigue:

“Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, **recurriendo a** la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos” (Resaltado añadido).

Por su parte, la versión inglesa, también auténtica, establece:

“Trafficking in persons” shall mean the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, **by means of** the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs” (Resaltado añadido).

Como se verá en este trabajo, los medios de comisión – by means of – conforman uno de los elementos fundamentales de la trata de personas, por lo que se considera que esta idea – presente en la versión inglesa y diluida en la española – debe hacerse patente desde un momento inicial.

una situación en la que deben realizar un trabajo forzoso sin recibir el salario prometido; o sobre nacionales de Filipinas reclutadas en una agencia de empleo en Manila para trabajar como servicio doméstico y como niñeras en Dubai que al migrar serán explotadas por sus empleadores quienes las forzarán a trabajar bajo la amenaza de infligirles daños y no les pagarán sus salarios; o sobre personas originarias de Nigeria o de Rusia – o de cualquier otro lugar – reclutadas en teoría para trabajar en un bar, en una discoteca, en un cabaret – o donde sea – y que, en realidad, van a ser explotadas en la prostitución – o en cualquier otro – en Grecia o en Chipre o en donde haya demanda.

Los estudios que tienen por objeto a la trata de personas son susceptibles de presentarse desde una multiplicidad de enfoques. La doctrina es prolífera. Se pueden encontrar todo tipo de análisis desde diferentes perspectivas e intentar listarlas sería infructuoso. Esto puede verse, por ejemplo, al apreciar los diversos cauces que pueden adoptar los discursos centrados en las particularidades de la trata en un lugar determinado, o aquellos dirigidos a analizar la trata cuando tiene por finalidad a un tipo de explotación específica,<sup>2</sup> o los que versan sobre la situación de un tipo de víctima en un tipo de situación concreta,<sup>3</sup> o sobre la demanda de la explotación a la que se dirige la

---

<sup>2</sup> Vid, *inter alia*, la evaluación de progresos y carencias de los esfuerzos realizados por España en el combate de la trata (Ana Manero Salvador, “Medidas internacionales de represión de la trata de mujeres. El caso de España”, en: *Feminicidio: el fin de la impunidad*, dir. Fernando M. Mariño, 471-488 (Tirant lo Blanch, S.L., 2012); o el estudio específico sobre la situación de la trata de personas en Cuba (Arnel Medina Cuenca, coord., *Migraciones internacionales, tráfico y trata de seres humanos. Una visión desde Cuba*. (La Habana: UNIJURIS, 2015); o sobre la trata dirigida a la explotación del trabajo infantil en México (Angélica García Marbella y Elías García Rosas, “La trata de personas en la modalidad de trabajo infantil”, *Revista de Derecho, Universidad del Norte* 47(2017): 310-38); o sobre la situación de la trata y sus factores de riesgo en Etiopía (Dana C. Beck *et al.* “Human Trafficking in Ethiopia: A Scoping Review to Identify Gaps in Service Delivery, Research and Policy”, *Trauma, Violence, & Abuse* (2016/Mar/31); o sobre el rol determinante que juega la corrupción facilitando el surgimiento de la trata en Brasil (Andrea C. Sacco Studnicka, “Corruption and Human Trafficking in Brazil: Findings from a Multi-Modal Approach”, *European Journal of Criminology*, 7(1) (2010/Jan/5): 29-43; o sobre la trata con fines de explotación sexual en España (Laura Nuño Gómez, “La trata de seres humanos con fines de explotación sexual: propuestas para un cambio de paradigma en la orientación de las políticas públicas”, *Revista de Derecho Político*. 98 (2017): 159-87).

<sup>3</sup> Vid, *inter alia*, el análisis de las obligaciones que corresponden a los Estados en cuanto a la identificación y protección de los niños y niñas que acceden regularmente al territorio español acompañados de quienes afirman ser sus progenitores (Carmen Pérez González, “La protección de los menores víctimas de la trata de seres humanos: algunas precisiones en torno al principio de diligencia debida”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* 35 (2014): 67-80); o del caso concreto de los menores no acompañados y en condición irregular especialmente vulnerables a la trata de personas en Canarias (Esther Torrado Martín-Palomino, “The necessity of reconceptualizing the migration of unaccompanied minors to the Canary Islands of Spain”, *Estudios Fronterizos*, nueva época, 16, núm. 32 (julio-diciembre 2015): 11-39); o de la situación de especial vulnerabilidad a la trata de los niños romaníes analizada en siete países de la Unión Europea (Kamelia Dimitrova *et al.* *Child trafficking among vulnerable roma communities*. (Sofia, Bulgaria: Center for the study of democracy, 2015)).

trata,<sup>4</sup> o sobre las circunstancias que han de darse para que las víctimas de la trata reciban el estatus de refugiado,<sup>5</sup> o sobre la adecuación o inadecuación de la ley penal nacional para hacerle frente.<sup>6</sup> La lista de alternativas, por supuesto, no termina aquí y es inmensamente diversa y variará, entre tantas otras cosas, según se ponga el foco sobre un determinado ordenamiento jurídico nacional o sobre el ordenamiento jurídico internacional y, en este último caso, en función de la rama que esté siendo estudiada. La trata es un tema candente y de actualidad, pero también con raíces antiguas, por lo que es fácil entender que haya mantenido ocupada a la doctrina desde una pluralidad de facetas y, aunque con fluctuaciones en su intensidad, desde hace largo tiempo. Sin embargo, aquí no se buscará compendiar lo que ya ha sido expuesto latamente.

La existencia de esta multitud de alternativas implica que realizar un trabajo que contribuya al discurso contemporáneo de la trata de personas – inequívoca intención de este estudio – requiere escoger. Esto supone que la especificación del enfoque que acompaña a la trata en esta obra es producto de una elección y que soy plenamente consciente de que al abordar este tema hay muchas formas de proceder.

Hay varias razones para haber elegido el camino que será seguido aquí. A saber, la ya larga historia que en el ordenamiento jurídico internacional acompaña a la lucha de la trata y la relevancia contemporánea de este combate; la muchas veces negligida comprensión de la figura de la trata de personas; y el estado aún en evolución en el que se encuentra su marco jurídico. A la elección de la rama del ordenamiento jurídico internacional que terminará por dominar el desarrollo de este análisis ha contribuido la

---

<sup>4</sup> *Vid, inter alia*, una exposición sobre la demanda de prostitución vinculada con la trata (Andrea Di Nicola *et al.* Eds., *Prostitution and Human Trafficking: Focus on clients*. (New York: Springer-Verlag, 2009)); o sobre el estudio de la negligencia de los Estados a la hora de enfrentar la demanda de la explotación sexual a la que se dirige la trata (Katalin Kelemen and Märta C. Johansson, “Still Neglecting the Demand that Fuels Human Trafficking: A Study Comparing the Criminal Laws and Practice of Five European States on Human Trafficking, Purchasing Sex from Trafficked Adults and from Minors”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 21 Issue 3-4 (2013): 247-89); o sobre las dificultades de determinar qué se entiende exactamente por demanda (Elaine Pearson, *The Mekong Challenge- Human Trafficking: Redefining Demand*. (Bangkok: ILO, 2005)).

<sup>5</sup> *Vid, inter alia*, sobre los requisitos que han de confluír en los casos de mujeres tratadas con fines de explotación sexual para ser calificadas de refugiadas (Tyler M. Christensen, “Trafficking for sexual exploitation: victim protection in international and domestic asylum law”, *Global Journal on Crime and Criminal Law* 16, No. 2 (2011): 5-46).

<sup>6</sup> *Vid, inter alia*, el análisis del delito de trata de personas con finalidad de matrimonio forzoso desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español tras las reformas del Código Penal del año 2015 (Tania García Sedano, “El delito de trata de seres humanos con finalidad de matrimonio forzoso en el ordenamiento jurídico español”, *Anuario de Derechos Humanos* 12 (2016): 85-101); o la exposición sobre el bien jurídico protegido en el delito de la trata de seres humanos (Clara Moya Guillem, “Los delitos de trata de seres humanos en España y Chile. Bien jurídico protegido y relaciones concursales”, *Política criminal* 11, N° 22 (Diciembre 2016), Art. 6: 521-47).

tardanza de la comunidad internacional en promover, de manera más o menos efectiva, que el afrontamiento de la trata de personas traspasara su visión de delito transnacional para concebirse también como una violación de derechos humanos. Como está por ver, estas motivaciones de base van a dominar la elección de la estructura y el contenido de este trabajo.

Este estudio puede dividirse en dos grandes partes. La primera contextualiza y define al delito de la trata de personas y la segunda profundiza en su perspectiva de violación de derechos humanos.

La primera parte se compone de dos capítulos. El Capítulo I presenta los orígenes del delito de la trata, sus rasgos distintivos iniciales y el contexto en el que su lucha tomaría forma. Allí se verá cómo la creciente atención social que suscitaría la trata en el siglo XIX terminaría resultando en el surgimiento de una cooperación entre Estados que se extenderá durante ciento y un años hasta terminar produciendo tanto la definición bajo la cual aquella es actualmente concebida como la perspectiva desde la cual es hoy combatida. Este recorrido pondrá de relieve las fuerzas ideológicas que habrán acompañado al desarrollo de la figura de la trata y cómo la colisión entre ellas ocasionaría variaciones en su conceptualización a lo largo de todo un siglo. El punto de llegada de esta sección traerá aclaraciones conceptuales y valorará cuál es el grado en el que el advenimiento del consenso sobre el entendimiento de los caracteres definitorios de la trata en el derecho habrá permeado en los hechos e, igualmente, expondrá hasta qué punto las cuestiones relativas a su afrontamiento habrán quedado automáticamente resueltas.

El Capítulo II enfrenta a los entendidos y a los malentendidos sobre la conceptualización de los distintos tipos de explotación contenidos de manera expresa en la definición actual de la trata. En este lugar se dedicará la atención del estudio a delimitar el perímetro definitorio de cada uno de ellos, considerándolos individualmente, con vistas a clarificar su contenido y lindes. La importancia de tal análisis radica en el hecho de que en la actualidad su comprensión se ha revelado imprecisa desde diversos frentes, ocasionando solapamientos y contradicciones entre los tipos de explotación y entre ellos y la figura de la trata. Estas situaciones han de ser resueltas no sólo en aras de favorecer la adecuación del uso de los términos sino, también, en la intención de mantener la viabilidad jurídica de su afrontamiento. La

última parte de esta sección se cerrará redirigiendo la atención hacia lo que debe entenderse por trata de personas una vez se hayan cribado de su concepto las impurezas que habitualmente lo acompañan y que deterioran la eficacia de su combate.

La segunda parte contiene a su vez otros dos capítulos. Estos muestran la otra cara de la trata de personas. Se habrá pasado de la perspectiva de la trata como un delito a la de la trata como una violación de derechos humanos. Al Capítulo III, aunque es el más breve, le atañe la importante tarea de presentar esta otra faceta. A pesar de que podría ser considerado como una primera parte del capítulo posterior, su importancia requiere que se lo aborde en sí mismo. Allí se pondrá particular énfasis en dos tratados internacionales que prevén la prohibición de la trata de forma originaria y que promueven, el uno, su enfrentamiento universal como una forma de violencia contra la mujer y, el otro, el abordaje regional europeo de su erradicación desde una perspectiva plural que asegure la protección de los derechos humanos de las víctimas. En esta sección se hablará del contenido de las obligaciones exigibles en materia de trata de personas a los Estados que forman parte de cada uno de aquellos instrumentos y de los matices que tales mandatos adquieren cuando se enfocan desde la consideración de la trata como una violación de derechos humanos. Igualmente se presentan los mecanismos que en estos tratados monitorizan el cumplimiento de las obligaciones y se hacen algunos remarkes de cómo de eficaces han sido percibidos estos sistemas de protección de los derechos humanos en la práctica.

El Capítulo IV viene íntimamente ligado al anterior y podría percibirse como la continuación lógica del mismo. Su contenido refleja la importancia creciente que en la actualidad tiene la lucha contra la trata de personas en la comunidad internacional. A este último tramo del análisis le concierne el estudio de la prohibición de la trata en el sistema regional europeo de protección de los derechos humanos. Allí se investiga cómo se ha llegado a ofrecer una garantía judicial internacional de los derechos de las víctimas, en qué consiste ésta, cuáles son las obligaciones positivas para los Estados en materia de trata de personas y sus insuficiencias, su desarrollo favorable y la tendencia actual de su progreso. Para llegar a ello, por el camino tendrán que analizarse cuestiones técnicas, particularmente, sobre el funcionamiento de procedimientos interpretativos en sede de un órgano jurisdiccional internacional, lo que llevará a valorar la adecuación de su puesta en práctica en materia de trata de personas. Finalizado el análisis de las obligaciones exigibles a los Estados en este ámbito se habrá ofrecido al lector una

imagen del pasado, del presente y del futuro al que se dirige la lucha contra la trata de personas. En suma, en el camino recorrido en esta obra, se habrán señalado de manera transversal las disfuncionalidades habituales en el combate de la trata y se habrán propuesto líneas a seguir para enmendarlas.

La construcción de este entramado ha requerido, por supuesto, de una metodología. El Capítulo I – se recordará – presenta los orígenes del delito de la trata hasta llegar a su conceptualización actual. Afrontar un camino con raíces tan profundas ha requerido de la indagación en fuentes datadas de hace más de un siglo. Se habrán analizado las crónicas y los *travaux préparatoires* de conferencias y de tratados internacionales – de no siempre fácil acceso – y el texto resultante de estos instrumentos, abarcándose el periodo comprendido entre el fin del siglo XIX y los albores del XXI. El análisis de estas fuentes primarias ha sido complementado con la producción que desde la doctrina se ha realizado sobre la situación de la primera época y de los debates que le eran inherentes en relación al tema de la trata. Todo esto supone que en la primera parte de esta obra se han tenido en cuenta múltiples trabajos, artículos y monografías, sobre los debates de la prostitución que, como se verá, van indisociablemente de la mano de la construcción de la figura de la trata hasta su última configuración, la actual, donde los caracteres que la componen cambian y la separan del discurso tradicional. La llegada a este punto, habrá exigido incluir documentación dimanante de cuerpos especializados de las Naciones Unidas en la lucha contra la trata de personas la cual, junto con la doctrina correspondiente, aporta contenido y orientación al estudio de la adecuación de esta configuración actual y última de la trata.

El Capítulo II afronta las finalidades de explotación. Esta sección es particularmente conflictiva debido a las posturas divergentes y contradictorias que la acompañan por lo que se ha necesitado de un estudio profundo desde diferentes frentes. Muy probablemente no dejará al lector indiferente. El examen incluye informes y documentación de organismos internacionales especializados en la lucha contra tipos de explotación concretos con el objetivo de poder conocer cuál es su postura con respecto a su contenido y afrontamiento. Con la intención de comprobar la veracidad de tales posicionamientos, aquellos documentos han sido contrastados con una diversidad de posiciones doctrinales especializadas en aquellas materias y con fuentes primarias, concretamente con negociaciones previas de instrumentos internacionales y con

disposiciones de tratados internacionales dedicados específicamente a suprimir cada uno de los tipos de explotación.

El Capítulo III da apertura a la parte concernida con la faceta de violación de derechos humanos de la trata de personas. La documentación manejada en esta sección es acorde con la intención de mostrar un primer acercamiento al contenido de las obligaciones que corresponden a los Estados en materia de trata. Para ello, el análisis se concentra fundamentalmente en el producto arrojado por la monitorización de la actividad que corresponde realizar a los Estados en el cumplimiento de los mandatos internacionales que les conciernen en materia de trata, y que es llevada a cabo desde el órgano convencional específico de las Naciones Unidas ocupado de velar por la erradicación de aquella poniendo énfasis en su perspectiva de violencia contra la mujer. El recurso a esta pluralidad de documentos vendrá acompañado de una doctrina especializada que contextualiza el análisis desarrollado en el capítulo y de la disección del derecho internacional pertinente para el estudio del aspecto de la trata de violación de derechos humanos.

Al Capítulo IV le atañe la prohibición de la trata en el sistema regional europeo de protección de los derechos humanos. Construir el razonamiento allí contenido ha exigido analizar la garantía judicial ofrecida por este sistema de la mano de una doctrina muy especializada y a través de un doble análisis jurisprudencial, el cual será profundo en cuanto a su funcionamiento y exhaustivo con respecto a la trata de personas y a las obligaciones positivas exigibles a los Estados en esta materia. En esta última sección se traerán nuevamente al análisis disposiciones de los principales tratados internacionales concernidos a lo largo del estudio, mostrando la unión indisociable subyacente entre cada uno de los tramos de esta obra.





## Primera parte

### El delito de la trata de personas



# Capítulo I

## La evolución histórica del concepto de la trata de personas

### 1. Los inicios. La trata de blancas en la era pre-Sociedad de las Naciones

#### 1.1. Los anales del movimiento contra la trata de blancas

A través de la observación de la evolución en el tiempo del régimen legal de la trata de seres humanos es posible identificar netamente tres épocas de sencilla delimitación que han sido acertadamente referidas por Jean Allain<sup>7</sup> como la era pre-Sociedad de las Naciones, la era de la Sociedad de las Naciones y la era de las Naciones Unidas. Esta separación facilita la percepción de la evolución que va a narrarse y es por ello que ha sido adoptada aquí.

La primera de estas épocas tiene su inicio con anterioridad al surgimiento de los primeros tratados internacionales concluidos para regular la materia. A tales acuerdos preceden – y dan motivo – los primeros movimientos sociales, los primeros congresos internacionales y las políticas nacionales del momento sobre la actividad de una trata ejercida sobre personas que – dicho sin pulimento – se centraría en exclusiva en la trata de mujeres dirigida a la finalidad de explotarlas en la prostitución. Es la conocida como *trata de blancas*, la cual, como su denominación parece indudablemente indicar, y tal y como subraya Philippa Levine, en su concepción inicial “iba sobre raza”. Tal apreciación sería perceptible en declaraciones de aquel tiempo que propugnaban que éste era un tipo de esclavitud “más terrible que aquel que había sido experimentado por los africanos desarraigados de sus casas”.<sup>8</sup>

El movimiento contra la trata de blancas que, como también afirma Kevin Bales, venía despreocupándose en su discurso inicial de otros tipos de explotación y otros grupos étnicos,<sup>9</sup> florecería en la segunda mitad del siglo XIX y recorrería Europa y América. Siendo precisos, Edward Bristow data la primera utilización de la expresión

---

<sup>7</sup> Jean Allain, “White Slave Traffic in International Law”, *Journal of Trafficking and Human Exploitation* 1(2017). <https://www.researchgate.net/publication/307937864> [Consultado el 20 de julio de 2017].

<sup>8</sup> Philippa Levine, “The White Slave Trade and the British Empire”, en “Crime, Gender, and Sexuality in Criminal Prosecutions” Ed. by Louis A. Knafla, *Criminal Justice History* 17, (Westport. Conn. London: Greenwood Press, 2002), 136 y 137.

<sup>9</sup> Kevin Bales, *Understanding Global Slavery: A Reader*. (Berkeley-Los Ángeles-London: University of California Press, 2005), 126.

dentro del contexto de la prostitución en los años 1830s.<sup>10</sup> Este dato debe retenerse puesto que, como se verá a lo largo de este capítulo, el debate sobre la prostitución irá casi siempre de la mano del debate de la trata, de manera que en numerosas ocasiones será difícil separar el uno del otro y, en casos, será sencillamente imposible.

Efectivamente, si se sigue la progresión del ideario vinculado a la trata se identifica la existencia de este nexo entre las temáticas. Ethan Nadelmann ha afirmado que, originariamente, la trata se refería al sistema de prostitución reglamentada por el gobierno, el cual se argumentaba que institucionalizaba la opresión y la corrupción de las mujeres. Posteriormente, tras los años 1870s, la trata pasaría a identificarse o bien llanamente con el ejercicio de la prostitución – con o sin licencia – o con el reclutamiento por la fuerza o a través de fraude para ejercer la prostitución.<sup>11</sup> Sobre esto, Bristow ha puesto de relieve que el cambio en la concepción de la trata de blancas para entenderla como prostitución forzada sería de carácter parcialmente táctico con vistas a lograr dar peso a la causa abolicionista de la prostitución en la época.<sup>12</sup>

Será por esta visión dicotómica de su conceptualización que el brío de las políticas adoptadas en materia de trata de blancas no estaría exento de crítica en cuanto a la intención real que subyacería en su actuación dirigida a la erradicación del fenómeno. En este sentido, Levine afirma que los esfuerzos para su supresión invocaban una imagen de mujer joven secuestrada, inocente e inmaculada, que habría sido coaccionada a trabajar en burdeles contra su voluntad, representando así a las mujeres como víctimas pasivas – perfil éste que Paul Knepper muestra que podía desprenderse del propio término –<sup>13</sup> y que, lejos de tal imagen, esta corriente habría tenido un trasfondo más profundo que, detrás de la intención visible, encontraría una motivación enraizada en roles de género y cuestiones morales conectadas con el ejercicio de la prostitución que estaban para entonces altamente extendidas.<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> Edward J. Bristow, *Prostitution and Prejudice. The Jewish Fight against White Slavery 1870-1939*, (Oxford: Oxford University Press, 1982), 35.

<sup>11</sup> Ethan A. Nadelmann, “Global Prohibition Regimes: The Evolution of Norms in International Society”, *International Organization* 44, No. 4 (1990): 513-14; Bristow, *Prostitution and Prejudice*, 36-7.

<sup>12</sup> Bristow, *Prostitution and Prejudice*, 37.

<sup>13</sup> Knepper ha hecho notar que el término francés, *traite des blanches*, enfatizaba la blancura de las víctimas, mientras que el alemán, *der Mädchenhandel*, llamaba la atención sobre su juventud dibujando, ambos, la imagen moral del término *white slave trade* utilizado en Gran Bretaña y Estados Unidos (Paul Knepper, *The Invention of International Crime: A Global Issue in the Making, 1881-1914*. (UK: Palgrave Macmillan, 2010), 98).

<sup>14</sup> Levine, “The White Slave Trade...”, 134 y 135.

En concreto, la autora argumenta que aquella motivación de fondo venía asociada con una serie de ideas, sobre el ejercicio de la prostitución, basadas en una suerte de dualidad mujer independiente-mujer víctima. Por esta última se suponía que, por un lado, se consolidaban los roles de género acentuando la imagen de la mujer como un objeto sexual representando el concepto de sumisión máxima pero, por el otro lado, también significaba que se interrumpían los roles de género puesto que las mujeres involucradas recibían una contraprestación económica constituyéndose como una oportunidad para su independencia.<sup>15</sup> Es en estas cuestiones de género donde residiría el trasfondo moral que acompañaba al surgimiento de la primera trata y que habría supuesto que, como alega Jo Doezenia, allí donde parecía pretenderse la protección de mujeres, en realidad la preocupación moral subyacente era el control de las “mujeres sueltas”.<sup>16</sup> Todo esto no es una desviación del tema que aquí ocupa. Ya se advirtió que el primer movimiento contra la trata es indisociable del debate de la prostitución.

Terminando de mostrar la profundidad de la vinculación entre ambas temáticas, es de desatacar, que el ideario avanzado por Levine como substrato de los inicios de la trata se identifica con uno de los tres paradigmas en los que han sido clasificadas las posiciones mantenidas en cuanto al ejercicio de la prostitución. Esto se resalta aquí porque muestra sin rodeos la fuerte impregnación del origen de la trata de blancas con los debates sobre la prostitución, de manera que estos últimos se trasladaron a aquella. En concreto, siguiendo la clasificación de Ronald Weitzer, aquella dualidad subrayada por la autora vendría conectada con el “paradigma polimorfo”. Éste mostraría la convivencia de los efectos negativos de la prostitución correspondientes al “paradigma de la opresión” – el cual mantiene desde una perspectiva feminista que el trabajo sexual es expresión de las relaciones de género del patriarcado y de la dominación masculina – y los efectos positivos propios del “paradigma del empoderamiento” – según el cual la cualificación de los servicios sexuales como trabajo empodera a sus trabajadores, eleva su estatus socioeconómico y les ayuda a adquirir experiencia en cuestiones de negocios

—.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Levine, “The White Slave Trade...”, 134

<sup>16</sup> Jo Doezenia, “Loose Women or Lost Women? The Re-emergence of the Myth of White Slavery in Contemporary Discourses of Trafficking in Women”, *Gender Issues* 18, Issue 1(December 1999): 23.

<sup>17</sup> Ronald Weitzer, *Legalizing Prostitution. From illicit vice to lawful business*. (New York: New York University Press, 2012), 7-21.

El sentimiento de que era necesario afrontar esta trata de blancas pronto se expandiría. La doctrina identifica que el asunto emergió con fuerza en Gran Bretaña en el año 1880 con el surgimiento de revelaciones de chicas inglesas confinadas en burdeles en Bélgica, traspasando rápidamente a la prensa sensacionalista.<sup>18</sup> Sobre estos primeros tiempos, Christopher Diffie ha subrayado que el bagaje moral que acompañaba a la trata de blancas, tras haber barrido Gran Bretaña en los años 1880s, llegaría a los Estados Unidos antes de la Primera Guerra Mundial ofreciendo un poderoso contexto para la regulación social.<sup>19</sup> Sin quedarse aquí, tal propagación abarcaría más extensas lindes y así, entre otros, Keely Stauter-Halsted ha puesto de relieve la gran alarma social generada al respecto en Polonia<sup>20</sup> o, igualmente, es identificable la atención que se prestaba a su supresión en el ordenamiento jurídico de Argentina en los primeros años del siglo XX.<sup>21</sup>

En relación a cómo se percibió esta expansión, Mara Keire ha afirmado que el despliegue de pánico que acompañó a la trata de blancas puede tildarse de pánico internacional, habiendo sido adaptado en cada caso para dar relevancia local a las narrativas sobre el fenómeno, amoldando el lenguaje al periodo y al lugar.<sup>22</sup> Lo que es certero, es que el tema se posicionaría como una cuestión de relevancia social que ocupaba la atención de ámbitos comprometidos con temas de índole social.<sup>23</sup> En la

---

<sup>18</sup> Knepper, *The Invention of International Crime*, 9, 99; Bristow, *Prostitution and Prejudice*, 37; Vern L. Bullough and Bonnie Bullough, *Women and Prostitution: A social history*. (New York: Prometheus Books, 1987), 268-9.

<sup>19</sup> Christopher Diffie. "Sex and the City: The White Slavery Scare and Social Governance in the Progressive Era", *American Quarterly* 57, No. 2 (Jun., 2005): 412.

<sup>20</sup> Keely Stauter-Halsted, "Moral Panic and the Prostitute in Partitioned Poland: Middle-Class Respectability in Defense of the Modern Nation", *Slavic Review*, 68, No. 3 (2009): 557-581. <http://www.jstor.org/stable/25621657> [Consultado el 20 de julio de 2017].

<sup>21</sup> Así, por ejemplo, el proyecto de ley presentado en el año 1917 por el diputado socialista Dr. Ángel M. Gimenez alertaba de la magnitud de la trata en Argentina. Aquel estimaba que la trata de blancas se realizaba a gran escala en el país por lo que se requería de una reforma de la Ley 9143 del año 1913 al considerar que aquella había fracasado en su función de represión (Dr. Ángel M. Gimenez, *Represión de la trata de blancas. Proyecto de ley presentado en la Sesión del 20 de Junio de 1917 por el diputado socialista Dr. Ángel M. Gimenez* (Buenos Aires: Talleres Gráficos L. J. Rosso y Cia, 1917).

<sup>22</sup> Mara L. Keire, "The Vice Trust: A Reinterpretation of the White Slavery Scare in the United States, 1907-1917", *Journal of Social History*, 35, No. 1 (2001): 5. <http://www.jstor.org/stable/3789262> [Consultado el 20 de julio de 2017].

<sup>23</sup> En España, por ejemplo, el lienzo "trata de blancas" de Joaquín Sorolla, producido en Madrid, en 1894, sería una muestra de la relevancia que la temática adquirió en ámbitos comprometidos como la corriente del realismo social. Esta corriente que irrumpía desde Europa centraría su interés, tal y como se ha descrito, "en las circunstancias más dramáticas de las clases menos favorecidas". El cuadro representaría "a cuatro jóvenes prostitutas acompañadas de su Celestina, que duermen cansadas en el interior de un vagón de tercera". Apréciase:

misma línea de Keire, Diffie ha señalado que, en ocasiones, a través de revelaciones escandalosas, novelas sensacionalistas y películas, se habría incrementado el pánico del público sobre el tema<sup>24</sup> y, a su vez, Bristow ha indicado que parte de aquella “histeria” estaba teñida de un antisemitismo que clamaba la implicación de los judíos en la comisión de la trata de blancas.<sup>25</sup>

Observando la atmósfera que acompañó a la expansión del fenómeno puede apreciarse que el trasfondo moral subyacente a los orígenes de la trata de blancas viajaba con ella. Esto ha sido ilustrado por Marlene Beckman en su análisis de la vigencia del White Slave Traffic Act de 1910 promulgado en los Estados Unidos. Esta ley, *grosso modo*, sobre el papel estaba destinada a emplearse sobre el comercio de mujeres y niñas en la prostitución en aquellos casos en los que hubiera coerción. Sin embargo, en la práctica tendría un efecto indeseado como resulta de su aplicación. Particularmente, la autora afirma que, durante su tiempo de vigencia, su uso mayoritario real habría consistido en emplearla como una herramienta para penalizar como conspiradoras a prostitutas que habrían ayudado a que alguien las transportase, o les obtuviera transporte, cuando el propósito del traslado fuera el comercio interestatal dirigido a la prostitución. Junto con esto, al analizar los diferentes tipos de penas aplicados bajo esta ley, Beckman concluiría con que, además de perseguir actos considerados inmorales o a la prostitución – incluyendo cuando aquella era ejercida de



En:

<http://ceres.mcu.es/pages/ResultSearch?Museo=MSM&txtSimpleSearch=Trata%20de%20blancas&simpl eSearch=0&hipertextSearch=1&search=simple&MuseumsSearch=MSM%7C&MuseumsRolSearch=14&>

<sup>24</sup> Diffie, “Sex and the City...”, 414.

<sup>25</sup> Bristow, *Prostitution and Prejudice*, 45.

manera incidental –, bajo su amparo se enjuiciaba a las mujeres víctimas a las que la ley estaba destinada a proteger.<sup>26</sup> Asimismo, poniendo de relieve el mismo trasfondo moral subyacente que acompañaba al enfrentamiento de la trata de blancas, Doezenia comenta que aquel instrumento se usó como excusa para arrestar a prostitutas y perseguir a hombres negros.<sup>27</sup>

De entre todo lo hasta aquí expuesto se compendian las que han sido calificadas por Allain como las mayores objeciones al movimiento contra la trata de blancas, a saber, el corte abiertamente racista del término y la equiparación entre trata y prostitución.<sup>28</sup> A esto Nadelmann añade que habría quedado probada la irrealidad de la magnitud de la trata de blancas, cuya escala sería muchísimo menor que aquella comúnmente representada, y afirma que la intención de los activistas que la combatían se concretaba en lograr la abolición de la prostitución a lo largo y ancho del mundo,<sup>29</sup> y ello, como comenta Joanne McNeil, extendiendo la idea de que todas las prostitutas no serían diferentes de esclavos bajo la asunción de que “ninguna mujer en sus cabales intercambiaría de forma consensuada sexo por dinero”.<sup>30</sup>

Este tipo de críticas son las que han llevado a calificar a la trata de blancas de pánico internacional o histeria como habrán expresado Keire, Diffie o Bristow. Asimismo, Doezenia, basándose en el análisis de Grittner, quien hablaría del “mito americano de la trata de blancas” y la describiría en términos de “pánico moral”, consideraría que, si bien no era falsa, sí era “una creencia colectiva que simplifica la realidad”.<sup>31</sup> En este mismo sentido, Stauter-Halsted habrá utilizado aquella etiqueta para definir al efecto causado por la trata de blancas en Polonia basándose en que se promovían “noticias de que tratantes internacionales estaban capturando a mujeres jóvenes, transportándolas al extranjero, y vendiéndolas a burdeles y harems” y que estaban desapareciendo “vírgenes inocentes”.<sup>32</sup> No obstante, la calificación de “pánico moral” no quedará reservada para esta primera trata. Doezenia habrá dado un paso más allá al trasladar este calificativo al plano contemporáneo declarando que los elementos fundamentales de lo que se consideraba el mito de la trata de blancas se identificarían en la trata de mujeres con

---

<sup>26</sup> Marlene D. Beckman, “The White Slave Traffic Act: The Historical Impact of a Criminal Law Policy on Women”, *The Georgetown Law Journal* 72 (1984):1111.

<sup>27</sup> Doezenia, “Loose Women or Lost Women?”, 30.

<sup>28</sup> Allain, *White Slave Traffic in International Law*.

<sup>29</sup> Nadelmann, “Global Prohibition Regimes”, 514.

<sup>30</sup> Joanne McNeil, “The *White Slavery* Panic”, *Reason Magazine* 39, 11 (April 2008): 58.

<sup>31</sup> Doezenia, “Loose Women or Lost Women?”, 26, 39 y 40.

<sup>32</sup> Stauter-Halsted, “Moral Panic and the Prostitute in Partitioned Poland”, 566.



finde de explotación sexual la cual se presentaría, consecuentemente, como una forma moderna de *pánico moral*.<sup>33</sup> Esto, si se entiende en el sentido propio de la expresión, siguiendo al sociólogo Stanley Cohen – quien acuñaría el término en el año 1972 –, vendría a querer decir que la autora estaría afirmando que el alcance de la trata de mujeres con fines de explotación sexual ha sido exagerado. En precisión, Cohen explica que llamar a algo que acontece *pánico moral* no supone que aquello no exista, o que no haya ocurrido en absoluto, y que la reacción que produzca esté basada en una fantasía o histeria. La atribución de aquella etiqueta implicará que la extensión y significado del asunto en cuestión habrían sido exagerados en sí mismos – en comparación con otras fuentes más fiables, válidas y objetivas – o en comparación con otros problemas más serios.<sup>34</sup> Sobre esto se volverá un poco más adelante cuando la progresión temporal del discurso que aquí se desarrolla haya alcanzado al plano contemporáneo.

## 1.2. El debut de las conferencias internacionales sobre la trata de blancas y los primeros *travaux*

### 1.2.1. El Congreso Internacional sobre la Trata de Blancas del año 1899

En el plano internacional, la preocupación por la erradicación de la trata de blancas daría lugar a maniobras de cooperación entre Estados que resultarían en la celebración de múltiples conferencias internacionales. La primera de ellas, el *Congreso Internacional sobre la Trata de Blancas – International Congress on the White Slave Trade* –, celebrado en Londres entre el 21 y el 23 de junio en el año 1899 bajo los auspicios de la National Vigilance Association, se convocaba movido por la inquietud común de ocuparse de un fenómeno que se verbalizaba como una trata de chicas dirigida a finalidades inmorales. Enfrentarla requería – según allí se subrayaba – luchar contra una demanda de jóvenes en los mercados del vicio proveniente de aquellos individuos que regentaban burdeles quienes las mantendrían allí, confinadas, bajo su control, en una posición de servidumbre y cargándolas con deudas por el consumo de sus propios suministros e imposibilitándoles su escapatoria hasta que fueran vendidas a

---

<sup>33</sup> Doezeima, “Loose Women or Lost Women?”, 26, 39 y 40.

<sup>34</sup> Stanley Cohen, *Folk Devils and Moral Panics*. (London and New York: Routledge Classics, 2011 [1972]), vii.

otra casa. Y todo ello, a través de un comercio que se desarrollaría a lo largo de Europa llegando hasta Constantinopla y los puertos de América del Sur.<sup>35</sup>

De la misma manera que ocurriría en foros similares congregados posteriormente y guiados por el mismo fin de reprimir la trata de blancas, la visión europea dominaría los encuentros internacionales. Como se puede comprobar, de allí vendrían las delegaciones de todos los países reunidos con excepciones únicas. En este caso, lo sería la participación de Estados Unidos.<sup>36</sup>

En este primer encuentro, se resolvería, por ejemplo, la conveniencia de llegar a acuerdos entre los Estados para castigar “el suministro de mujeres o niñas por medio de violencia, fraude, abuso de autoridad, o cualquier otro método de coacción, para que se [ofrecieran] en libertinaje o [continuasen] en él”.<sup>37</sup> Igualmente, se acordaría la creación de comités en diferentes ciudades de Europa con el fin de mitigarla y suprimirla, y en los que participarían, en su mayoría, personas de influencia en las ciudades de París, Bruselas, La Haya, Berlín, Copenhague, Estocolmo y San Petersburgo.<sup>38</sup> Es con motivo del inicio – y posterior desarrollo – de este movimiento internacional, que Knepper ha explicado cómo la trata de blancas participó en el fenómeno denominado la *internacionalización del crimen* que se habría originado en el siglo XIX, durante finales de la época victoriana y la eduardiana – o mitad final del diecinueve y primera del veinte –, en las que comenzaron las discusiones sobre un conjunto de problemas de índole criminal que continuarán para presentarse en la actualidad.<sup>39</sup>

Sería en este Congreso Internacional de 1899 donde se convendría la necesidad de convocar una conferencia internacional de delegados oficiales de los gobiernos allí interesados con la finalidad de proponer un acuerdo que versara sobre la adopción de tres tipos de medidas destinadas a reprimir la trata de blancas. La intención sería acordar medidas de carácter legislativo que castigaran a la trata de blancas, medidas de tipo administrativo destinadas a coordinar las investigaciones simultáneas sobre el futuro delito cuando sus circunstancias se produjesen en países diferentes, y medidas de índole

---

<sup>35</sup> *The White Slave Trade: Transactions of the International Congress on the White Slave Trade*, National Vigilance Association (Londres: Wertheimer, Lea and Company, 1899), 7-9.

<sup>36</sup> Las delegaciones asistentes provendrían de: Reino Unido, Alemania, Rusia, Bélgica, Francia, Noruega, Suecia, Austria-Hungría, Suiza, Holanda, Dinamarca y Estados Unidos.

<sup>37</sup> “To punish, and as far as possible by penalties of equal degree, the procuring of women or girls by violence, fraud, abuse of authority, or any other method of constraint, to give themselves to debauchery, or to continue in it” (*The White Slave Trade*, 16).

<sup>38</sup> *International Congress on the White Slave Trade*, 10.

<sup>39</sup> Knepper, *The Invention of International Crime*, 2-4.

jurisdiccional con vistas a determinar el foro competente y la extradición de los inculcados.<sup>40</sup> La proposición dio muestra de gran calado y, sobre aquella voluntad inicial, se propondría un primer programa que constituiría la base de los *travaux* a desarrollar durante la futura *Conferencia Internacional para la Represión de la Trata de Blancas* celebrada en París el 15 de julio en 1902.

### 1.2.2. La Conferencia Internacional para la Represión de la Trata de Blancas del año 1902

#### 1.2.2.1. Las negociaciones previas de los primeros tratados internacionales sobre la trata de blancas

La Conferencia Internacional de 1902 tendría por objeto la deliberación sobre una pluralidad de cuestiones de cooperación entre los Estados, fundamentalmente de orden penal. Allí se buscaba lograr la introducción del delito de la trata de blancas en la legislación penal de los Estados cuando ésta fuera insuficiente. Asimismo, se pretendía establecer cuestiones de competencia, de extradición de los inculcados o de repatriación de las víctimas y de cooperación en las órdenes de arresto. Se preveía también el establecimiento de comisiones rogatorias, de medidas de vigilancia de los flujos de aquellas personas susceptibles de cometer el delito y de las potenciales víctimas y, finalmente, la determinación de las actuaciones a seguir por parte de agentes diplomáticos y consulares.<sup>41</sup> Esto ya se advirtió, todo un deleite de medidas penales y – atención – de control de las migraciones.

Es primordial destacar que, en este nuevo encuentro internacional, la labor a desempeñar para llegar a un acuerdo y desarrollar aquellas cuestiones era concebida como un trabajo previo que debería resultar en el nacimiento de convenciones internacionales sobre la trata de blancas. La confirmación de que éste era el fin perseguido por la Conferencia Internacional de 1902 fue expresada durante su progreso. Concretamente, en el transcurso de la tercera sesión, el delegado suizo, el Sr. Lardy, sería el primero en declarar que entendía que la labor allí desempeñada no se limitaba a la expresión de meros deseos a los que los gobiernos “serían libres de dar satisfacción”,

---

<sup>40</sup> *Conférence Internationale pour la Répression de la Traite des Blanches*, 1902. Documents Diplomatiques, Ministère des affaires étrangères, 11-3. <https://ia801406.us.archive.org/14/items/Documentsdiplom11frangoog/Documentsdiplom11frangoog.pdf> [Consultado el 20 de julio 2017].

<sup>41</sup> *Conférence Internationale pour la Répression de la Traite des Blanches* 1902, 15.

sino que el resultado pretendido buscaba la asunción de compromisos formales con vistas a presentar a los Estados proyectos de convención internacional con la recomendación de su adopción.<sup>42</sup> Es de esta consideración de la Conferencia Internacional de 1902 como trabajos preparatorios de posteriores tratados y, en concreto, de los primeros tratados internacionales sobre trata de blancas de la historia, de donde proviene la relevancia de detenerse en la evolución de algunos de los debates que allí se plantearon. La importancia radica en que, en virtud de su carácter de *travaux*, las negociaciones que allí tuvieron lugar son fuente de interpretación del significado de las disposiciones de los acuerdos internacionales que se concluirían a continuación.<sup>43</sup> Sobre esto, vale la pena adelantar que este papel desempeñado por la Conferencia Internacional de 1902 – esto es, el rol de *primeros travaux préparatoires de los primeros tratados internacionales sobre la trata de blancas* – es relevante no sólo en cuanto a la ulterior configuración de la trata de blancas sino que, trascendiendo mucho más allá, lo será también en el entendimiento actual del delito de la trata de seres humanos.

#### 1.2.2.2. Los primeros debates sobre el contenido del delito de la trata de blancas

La arduidad de la tarea a desempeñar fue puesta de manifiesto desde los primeros encuentros de aquel foro. Pronto se vio que la legislación existente en los ordenamientos jurídicos de los países allí representados, susceptible de ser aplicada a alguno de los aspectos de la trata de blancas, podía ser calificada de insuficiente – dicho de manera amable – o de inexistente – en términos más realistas –. Allí se evidenciaba que, salvo en el caso de la ley inglesa, ninguna de las demás normativas podía ser la base de una persecución del delito – e incluso aquella, una vez examinada con detenimiento, sería considerada demasiado general –.<sup>44</sup> La constatación de tales deficiencias patentizaba la necesidad de colmar tal laguna a través de un consenso en los términos y de una futura conclusión de tratados. Contextualizando todo esto un poco, hay que apuntar que, al igual que ocurría en el encuentro anterior, en la medida en que todos los países allí representados eran europeos con una única excepción – esta vez la

---

<sup>42</sup> *Conférence Internationale pour la Répression de la Traite des Blanches* 1902, 105.

<sup>43</sup> Es lo propio adelantar que, como se verá más adelante (*vid ut infra* Capítulo IV), la Convención de Viena de 1969 en su Artículo 32 contiene las reglas de interpretación de los tratados internacionales según las cuales los *travaux préparatoires* son fuente complementaria de interpretación del sentido de las disposiciones del instrumento al que corresponden (*Vienna Convention on the law of treaties*, concluded at Vienna on 23 May 1969. Entered into force on 27 January 1980. UNTS 1155.I-18232, 331).

<sup>44</sup> *Conférence Internationale pour la Répression de la Traite des Blanches* 1902, 29 y 32.

de Brasil –,<sup>45</sup> la trata de blancas y su represión verían constituir sus cimientos dominados por la visión europeísta del fenómeno.

Los debates sobre el contenido del delito de la trata de personas son particularmente interesantes y están lejos de presentarse como una cuestión de interés meramente histórico. Aunque aún no se sabe, a lo largo de esta obra se verá cómo las cuestiones discutidas en torno a la trata serán cíclicamente casi siempre las mismas. En efecto, muchos de los asuntos resueltos en este primer Congreso Internacional de 1902 se perderían en las negociaciones de ulteriores tratados para, finalmente, volver con fuerza en la actualidad para conformar los rasgos definitorios de la trata de personas tal y como hoy la conocemos. Esto debe de tenerse en cuenta puesto que no es un adelanto apasionado del futuro – aunque un poco también –, sino una señalización de atención sobre la relevancia del discurso que está por venir.

En los debates que tuvieron lugar en esta época temprana se abordaron diferentes frentes. Son especialmente destacables las cuestiones y discusiones relativas a los elementos constitutivos del delito de la trata de blancas y a su carácter internacional o nacional.

Con el fin de definir correctamente al nuevo delito, los delegados de los países allí presentes se ocuparían de la identificación de sus elementos constitutivos. En su conceptualización inicial, un delito de trata de blancas habría sido cometido por quien, para satisfacer las pasiones de otro, hubiese reclutado, llevado hacia o sustraído a una mujer o a una niña con fines inmorales.<sup>46</sup> Esto requería de una clarificación de los términos. Así, por *reclutar* querría decirse contratar<sup>47</sup> o atraer a la mujer o a la niña hacia la prostitución. Por *llevar hacia* se habría querido implicar tanto el hecho de llevarla consigo como de persuadirla para seguir al perpetrador. Por *sustraer* se estaría aludiendo a sacarla ilícitamente de su entorno. Además, se consensuaría que los actos

---

<sup>45</sup> Estaban representados: Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Gran Bretaña, Hungría, Italia, Noruega, Países Bajos, Portugal, Rusia, Suecia y, finalmente, como la única excepción del catálogo europeo, Brasil.

<sup>46</sup> En su tenor original: « il est commis par quiconque pour satisfaire les passions d'autrui a embauché, entraîné ou détourné une femme ou fille en vue de la débauche. » (*Conférence Internationale pour la Répression de la Traite des Blanches* 1902, 122).

<sup>47</sup> Expresamente se explicó el sentido que pretendía darse al término *reclutar* – *embaucher*, en el original en francés – declarándose que se había adoptado desde el lenguaje de los contratos entre patrones y obreros de forma que se refiere a la acción por la cual se va a buscar o a recibir al obrero y a proponerle un trabajo. En el contexto de la trata, consistía en ir a buscar a la mujer para proponerle un acuerdo y obtener de ella su consentimiento (*Conférence Internationale pour la Répression de la Traite des Blanches* 1902, 112).

constitutivos del delito podrían ejecutarse tanto dentro de las fronteras de un único país como en varios países pudiendo abarcar un país de origen, otros de tránsito y un último de destino.<sup>48</sup>

El rol que debía desempeñar el paso a la mayoría de edad de las víctimas fue una cuestión central en los debates sobre los elementos del delito. En el anterior Congreso de Londres de 1899 se había decidido castigar la captación y la retención tanto de mujeres como de niñas a través de violencia, fraude y abuso de autoridad u otro medio de coacción para corromperlas en el libertinaje. Sin embargo, en la Conferencia Internacional de París de 1902 esta propuesta se consideraría insuficiente. Esto sería así puesto que el hecho de no distinguir entre mayores y menores de edad, exigiendo en ambos casos el empleo de violencia y engaño para componer el delito, dejaría el campo libre a quien meramente abusase de la inexperiencia y de la debilidad de las edades más jóvenes sin recurrir a tales medios. Esta necesaria distinción se habría tenido en cuenta desde el principio. De hecho, el programa inicial de la Conferencia Internacional de 1902, base de los *travaux* posteriores, ya había previsto que las medidas legislativas de orden penal a adoptar por los Estados distinguieran los supuestos de mayoría y de minoría de edad de las mujeres objeto de trata de blancas.<sup>49</sup> A pesar del aparente acuerdo temprano, la cuestión no permanecería pacífica y en el momento de su debate imperaría el desacuerdo de posturas entre los delegados. Esto viene a ser relevante en el ámbito de los elementos conformadores del delito puesto que determina el papel que jugaría el posible otorgamiento de consentimiento por parte de la mujer al acceder al acto en el que consistía la trata de blancas. Sobre esta cuestión se presentarían dos posturas divergentes.

Por un lado, el delegado italiano, el Sr. Paulucci de Calboli, pondría sobre la mesa el debate de la prostitución reglamentada – lo dicho: debate sobre la prostitución y trata casi siempre de la mano –. Según su postura, la figura del consentimiento, como elemento de la trata de blancas, debería considerarse siempre irrelevante en los casos de proxenetismo. Este último debería estar castigado en todo caso, esto es, tanto si recaía sobre mujeres menores de edad como sobre mujeres mayores de edad y con independencia de que éstas hubieran, o no hubieran, consentido en ejercer la actividad. Esto supone que, si bien aceptaría dejar fuera de la figura a tipificar a la libertad de las

---

<sup>48</sup> *Conférence Internationale pour la Répression de la Traite des Blanches* 1902, 112.

<sup>49</sup> *Conférence Internationale pour la Répression de la Traite des Blanches* 1902, 15, 31 y 32.

mujeres mayores de edad para prostituirse, no obstante, identificaría en cualquier caso a la trata de blancas con el proxenetismo entendido, *grosso modo*,<sup>50</sup> como la facilitación de la prostitución de otra persona para obtener un beneficio.

Desde el otro lado discrepando, el delegado francés, el Sr. Ferdinand-Dreyfus, promovía la inadecuación de traer a debate la cuestión de la prostitución la cual surgiría en cuanto se identificaba al proxenetismo con la trata de blancas. Como se ha visto, esta identificación emergía si no se adoptaba a la figura del consentimiento como un elemento constitutivo de la trata y se diferenciaba su peso en función de la mayoría o minoría de edad de la mujer. Es por ello que, con vistas a alejar al proyecto en elaboración de las legislaciones que castigaban en todo caso al proxenetismo, propondría el criterio del *estado de minoría* por el cual las menores serían consideradas *res sacra*. Con esta fórmula, incluso si éstas consintiesen, la ley debería defenderlas siempre al no tener completo el ejercicio de su libre arbitrio, por lo que habría delito en todo caso. Al mismo tiempo y a diferencia de éstas, ante mujeres mayores de edad la actividad sólo sería punible si hubiese mediado violencia, engaño o coacción puesto que su presencia viciaría el consentimiento que no habría sido, por su causa, libremente otorgado.<sup>51</sup> El detenimiento en estas posturas discordantes ya se advirtió que no era tema baladí. Como podrá observarse más adelante, cada una de estas posiciones influiría, a su turno, en los dos primeros tratados internacionales acordados para luchar contra la trata de blancas y tendrá repercusiones, a su tiempo, en la configuración contemporánea del delito.

El progreso en los debates pondría nuevos asuntos sobre la mesa. Al abordarse la cuestión de si la trata de blancas debía ser castigada exclusivamente como un delito internacional se enfrentaron, por supuesto, posturas dicotómicas. El germen del desacuerdo sería la conservación de la soberanía de los Estados, lo cual, por otro lado, no es nada sorprendente en el ámbito del derecho internacional.

---

<sup>50</sup> Las legislaciones concurrentes en la Conferencia Internacional de 1902 que recogían la figura del proxenetismo daban matices diferentes a su configuración. Por ejemplo, a grandes rasgos, Alemania recogía en su Código Penal de 1871 un delito de proxenetismo que consistía en facilitar el libertinaje de manera habitual o por un interés o, en ausencia de estas dos condiciones, cuando se recurriera a maniobras fraudulentas o el proxeneta fuera la figura del esposo, padre, tutor o ministerio de culto, institutor o preceptor de la víctima. En Austria responderían por el delito de proxenetismo quienes dieran domicilio o abrigo a las prostitutas para ejercer su actividad; o quienes reclutasen prostitutas; o quienes fueran intermediarios en las negociaciones destinadas a la prostitución. En los Países Bajos se penalizaba el favorecimiento de la prostitución de menores llevado a cabo por las personas que estuvieran a su cargo con un tercero (*Conférence Internationale pour la Répression de la Traite des Blanches* 1902, 17, 19, 27).

<sup>51</sup> *Conférence Internationale pour la Répression de la Traite des Blanches* 1902, 113, 122 y 123.

La cuestión no habría armado tanto revuelo si no fuese porque, al fin y al cabo, lo que allí se tenía entre manos era la negociación de tratados internacionales que vincularían a los Estados y porque una de las finalidades pretendidas de aquellos *travaux* era que los países adoptaran medidas legislativas capaces de reprimir la trata de blancas. La necesidad de adoptar este tipo de medidas era clara y no discutida – siempre limitándose al orden penal con el fin de reprimir el delito en los ordenamientos jurídicos nacionales –. Sin embargo, ocurriría que sólo había consenso sobre estas reformas legislativas cuando se dirigieran a la represión del delito internacional. Todos los presentes entendían que si la perpetración de sus elementos se daba sobre territorios diferentes se requeriría de la cooperación de los gobiernos en el manejo de las investigaciones y en el desarrollo de los procesos si se quería evitar la impunidad de los culpables.<sup>52</sup> Esto era claro. Allí no había controversia sobre el hecho de que el combate de la trata de blancas como delito internacional era la finalidad de aquellas negociaciones puesto que sólo a través de una cooperación internacional podía hacerse frente a los actos constitutivos de un delito cuando su comisión se acompañaba de un cruce de fronteras, pudiendo llegar a abarcar un país de origen, otros de tránsito y un último de destino. Las opiniones contrapuestas llegaban con el planteamiento de si a través de un acuerdo internacional debía convenirse, también, su castigo en los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados participantes cuando el delito se hubiera producido en su totalidad dentro de las fronteras de un único país. Esto es, habría acuerdo inicial sobre la adopción de medidas legislativas dirigidas al castigo de la trata de blancas a través de un futuro tratado internacional cuando el delito fuera internacional pero las opiniones divergían cuando el delito fuera nacional.

De un lado, el representante ruso, el Sr. Malewsky-Maléwitch, estimaba que declarar punible la actividad en el interior de un Estado implicaría intervenir en el ordenamiento jurídico nacional de un país para lo cual se carecería de competencia visto que la finalidad de aquella conferencia era exclusivamente castigar el delito internacional. De otro lado, el representante francés, el Sr. Ferdinand-Dreyfus, mantenía que al entenderse que sus elementos constitutivos pueden ejecutarse tanto dentro de las fronteras de un solo país como entre las de varios países no sería ni posible, ni lógico, ni equitativo castigar la trata al exterior si permanecía impune cuando se practicaba en el interior. La cuestión quedaría resuelta con la proposición de su compatriota, el Sr. Louis

---

<sup>52</sup> *Vid Conférence Internationale pour la Répression de la Traite des Blanchés* 1902, 16.



Renault, quien declararía que el compromiso internacional supone que previamente cada país pretende reprimir la conducta sobre su territorio de forma que el acuerdo internacional refleja las leyes de cada Estado lo que implicaría que el delito interno sería castigado en virtud de la soberanía nacional y no del compromiso internacional. Todo esto supondría que, cuando los elementos del delito se dieran en un único país, el gobierno actuaría movido por su propio poder y no por el de un acuerdo internacional. Por ello sería posible que vía un tratado internacional se castigara a la trata de blancas no solamente cuando ésta tuviese carácter internacional sino también cuando su manifestación fuese exclusivamente nacional.<sup>53</sup>

A pesar de haberse encontrado la satisfacción de todos con este desenlace, el primer acuerdo internacional sobre la trata de blancas se ocuparía tan sólo de establecer medidas cuando el delito viera sus elementos constitutivos acometidos en diferentes países, dándole exclusivamente carácter de delito internacional. Esta postura conservadora no sería superada hasta la conclusión de un segundo tratado internacional en el que se introduciría la imposición de su castigo en ambos órdenes. Sin embargo, con esto no quedaría todo resuelto. Ya se advirtió que muchos de los debates planteados en estos primeros tiempos volverían de forma cíclica. Justamente, se verá que, a pesar de la aparente solución de la cuestión, casi un siglo después de este acuerdo la cuestión volverá a resurgir en las negociaciones de un nuevo tratado internacional.

Como se intuye de lo dicho, del producto de la Conferencia Internacional de 1902 derivarían proyectos de tratados internacionales sobre la trata de blancas. En concreto, dos proyectos distintos verían la luz los cuales, a su turno, darían lugar a los dos primeros acuerdos internacionales que gobernarían en materia de trata de blancas. De hecho, lo visto aquí no agota el contenido de lo que se discutió en aquel foro. Otras cuestiones significativas han de ser comentadas pero por el interés que suscita ponerlas en relación con el contenido de los nuevos tratados internacionales, se las traerá al discurso más adelante.

El primero de los nuevos tratados, el *Acuerdo Internacional para la Supresión de la trata de blancas de 1904 – International Agreement for the Suppression of the White*

---

<sup>53</sup> *Conférence Internationale pour la Répression de la Traite des Blanches* 1902, 114 y 115.

*Slave Traffic* –, <sup>54</sup> se ocuparía exclusivamente de fijar las formalidades administrativas susceptibles de asegurar su represión eficaz y facilitaría el avance en la erradicación del delito en el tiempo que transcurriría hasta la entrada en vigor del segundo tratado. Este primer instrumento fue rápidamente aceptado. Sin embargo, el segundo, que debía contener las ya presentadas medidas legislativas a aplicar por los Estados Parte, veía dilatarse en el tiempo el goce del mismo beneplácito. Sería por ello que, con el transcurrir de los años, se estimó la conveniencia de aprovechar la *Conferencia relativa a la represión de publicaciones obscenas* que tendría lugar en París en abril del año 1910 para retomar las discusiones sobre el tema. El resultado sería la convocación paralela de una conferencia específica para examinar la temática de la trata de blancas de manera individualizada.

### 1.2.3. La Segunda Conferencia para la Represión de la Trata de Blancas del año 1910

En este segundo período, la intención era realizar los retoques necesarios para propiciar la adopción definitiva del texto del segundo tratado internacional con la mayor brevedad posible. Por ello los *travaux* se centrarían exclusivamente en el examen de las reservas hechas por los Estados sobre el trabajo elaborado en 1902, descartándose la posibilidad de añadir nuevas cuestiones al estimarse que no podrían ser debidamente estudiadas en plazos tan reducidos. La primera sesión de esta *Segunda Conferencia para la Represión de la Trata de Blancas* se abriría el 18 de abril del año 1910 y, nuevamente constituyendo un foro dominado por potencias europeas – de nuevo a la sola excepción de Brasil –, <sup>55</sup> allí se tratarían las modificaciones propuestas sobre cuestiones relativas a las comisiones rogatorias, la autoridad designada para comunicar los boletines de condena entre países y la concreción de la edad que determinaría la mayoría de edad de las víctimas. <sup>56</sup> De los ajustes realizados al texto previo concluido en el año 1902 desembocaría la *Convención Internacional relativa a la Represión de la Trata de Blancas del año 1910 – International Convention for the Suppression of the White Slave*

---

<sup>54</sup> *International Agreement for the Suppression of the White Slave Traffic*. Paris, 18 May 1904 [https://treaties.un.org/Doc/Treaties/1920/09/19200907%200600%20AM/Ch\\_VII\\_8p.pdf](https://treaties.un.org/Doc/Treaties/1920/09/19200907%200600%20AM/Ch_VII_8p.pdf) [Consultado el 20 de julio 2017].

<sup>55</sup> En la Conferencia de 1910 estarían representados: Alemania, Austria, Hungría, Bélgica, Brasil, Dinamarca, España, Francia, Gran Bretaña e Irlanda, Italia, Países Bajos, Portugal, Rusia, Suecia y Suiza.

<sup>56</sup> *Deuxième Conférence Internationale pour la Répression de la Traite des Blanches*: 18 avril – 14 mai 1910. Documents Diplomatiques, Ministère des Affaires étrangères, 11, 13, 28.

*Traffic* –.<sup>57</sup> Los debates de interés que tuvieron lugar durante esta Segunda Conferencia de 1910 se verán un poco más adelante con ocasión de la exposición del contenido de la Convención Internacional de 1910. Con respecto a este tratado internacional y al previamente adoptado Acuerdo Internacional de 1904, Allain acertadamente ha sabido ver que su examen sigue siendo imprescindible para entender a la trata de personas desde una perspectiva general y, más específicamente, a la trata vinculada con la explotación sexual.<sup>58</sup>

Antes de proceder al examen de los dos primeros tratados internacionales sobre la trata de la historia una cuestión fundamental debe anunciarse y el lector debe retenerla puesto que es principio y cimiento en el que estriba y sobre el que se apoya una parte de esta obra. Ambos instrumentos, al delimitar el objeto de su regulación, utilizaban la expresión *trata de esclavos blancos* – *white slave traffic* –. Sin embargo, esto no debe entenderse como una asociación normativa entre trata y esclavitud. Sobre esto, Bullough y Bullough comentaban que, dejando a un lado la imagen que el movimiento intentaba transmitir, la utilización en estos tratados del término *white slave trade* no sería adecuada puesto que la trata que allí se combatía incluía a “todas la razas y colores, y pocos eran realmente esclavos”.<sup>59</sup> Esta idea no proviene solamente de la doctrina, ésta estaba presente en los *travaux* de aquellos instrumentos. Así, en la Conferencia Internacional de 1902 se consideraba que el término era impropio para ser utilizado en un instrumento de tipo legislativo o convencional sobre la materia. Asimismo, se decía que la palabra “blancas”, “white”, “blanches” no se aplicaría a la globalidad de las mujeres y que el vocablo “trata”, “slave trade”, “traite” implicaría una idea de exportación e importación que no es en sí misma una característica que se encuentre siempre en este delito que no tendría exclusivamente carácter internacional. No obstante, a pesar de estas declaraciones terminó por decidirse que abandonar completamente la expresión podría tener inconvenientes puesto que era “conocida y aceptada” y que la cuestión se comprendería mejor manteniendo la terminología antigua aunque fuese impropia.<sup>60</sup>

---

<sup>57</sup> *International Convention for the Suppression of the White Slave Traffic*, Paris, 4 May 1910. [https://treaties.un.org/Doc/Treaties/1888/01/18880101%2006-01%20AM/Ch\\_VII\\_10p.pdf](https://treaties.un.org/Doc/Treaties/1888/01/18880101%2006-01%20AM/Ch_VII_10p.pdf) [Consultado el 20 de julio 2017].

<sup>58</sup> Allain, *White Slave Traffic in International Law*.

<sup>59</sup> Bullough and Bullough, *Women and Prostitution*, 265.

<sup>60</sup> *Conférence Internationale pour la Répression de la Traite des Blanches* 1902, 111 y 112.

### 1.3. Los primeros tratados internacionales sobre la represión de la trata de blancas

#### 1.3.1. El Acuerdo Internacional para la Supresión de la Trata de Blancas del año 1904

La primera manifestación de la consideración de la trata de blancas como un crimen internacional de magnitud suficiente como para requerir, bajo los auspicios de un tratado multilateral, de la cooperación de los Estados y del compromiso global para su combate, vendría de la mano del Acuerdo Internacional de 1904. Este instrumento, si bien gozaría de la complacencia plural de la que se caracterizan los tratados multilaterales, sin embargo, vendría limitado a la visión europea del asunto por cuanto los países negociadores de sus *travaux* habían sido todos, menos uno, de este continente.

El Acuerdo de 1904, tenía por objeto enfrentar el reclutamiento de mujeres y niñas y su transferencia al extranjero con fines inmorales – de forma general – y en la prostitución – de forma particular –.<sup>61</sup> Cabe destacar que la inclusión de la expresión *fines inmorales* habría sido, tal y como se ha explicado en relación a sus efectos en foros similares, susceptible de producir efectos indeseados que podían implicar la ampliación de los parámetros de aplicación del tratado más allá de su intención inicial.<sup>62</sup>

Para cumplir con la finalidad del tratado, los Estados Signatarios se comprometían a adoptar diferentes medidas. Estas incluirían, primero, la habilitación de una autoridad encargada de la centralización de toda la información sobre la trata que tendría la facultad de cooperar con su equivalente en los otros Estados Parte; segundo, el compromiso de vigilar la circulación para localizar a quienes estaban a cargo de mujeres y niñas en las estaciones de tren, en puertos, y durante el curso de su viaje, al augurarse que este proceder traería un mayor éxito en la detección de casos antes que su descubrimiento en grandes aglomeraciones urbanas;<sup>63</sup> tercero, la posibilidad de

---

<sup>61</sup> El Artículo 1 del Acuerdo de 1904 hará referencia a los fines inmorales : “procuring of women and girls for immoral purposes abroad”; mientras que el Artículo 3 se referirá a la prostitución: “The Governments undertake, (...) to have the declarations taken of women or girls of foreign nationality who are prostitutes (...)”.

<sup>62</sup> El efecto indeseado generado por la expresión se habría manifestado unos años más tarde una vez iniciada la vigencia del White Slave Traffic Act de Estados Unidos en 1910. En aquel instrumento también se optaría por recurrir al tenor de “otros fines inmorales” con la intención de cubrir prácticas relacionadas con la trata de blancas. Sin embargo, el resultado de esta maniobra se tradujo en una ampliación desmesurada del término de manera que a través de la cobertura proporcionada por la terminología empleada de “fines inmorales” se terminaría aplicando aquella ley para perseguir al sexo no comercial y a casos en los que no había ni prostitución forzada ni un intercambio económico (Beckman, “The White Slave Traffic Act”, 1118).

<sup>63</sup> *Conférence Internationale pour la Répression de la Traite des Blanches* 1902, 38.

supervisar la actividad de las agencias dedicadas a buscar trabajo para mujeres y niñas en el extranjero; y, cuarto, la adquisición de las declaraciones de prostitutas extranjeras para establecer su identidad y su estado civil y descubrir qué les había ocasionado dejar su país para, posteriormente, comunicarlo a las autoridades de su país de origen con la intención de proceder a su posible repatriación.<sup>64</sup> Vamos, lo que viene a ser un tratado internacional de cooperación en el control de las migraciones.

Efectivamente, el compendio de estas obligaciones pone de relieve que aquella era la única finalidad del primer tratado internacional sobre la trata de blancas. Y, por supuesto, muestra, a su vez, la ausencia total de cualquier atisbo de un enfoque de derechos humanos. Allí no se habría dispuesto en ningún momento favorecer la protección y asistencia de las víctimas de la actividad que se buscaba combatir. Por el contrario, quedaría patente la intención de utilizar al Acuerdo de 1904 como una medida migratoria de control que sugiere además que, en vez de identificar a posibles víctimas, buscaría la identificación de prostitutas asimilándolas, más bien, a un estatus de persona *non grata* de forma que, si su nacionalidad lo permitía, deberían ser expulsadas del país. En efecto, el lenguaje utilizado deja poco lugar para la confusión al sugerir una equiparación entre aquellas mujeres que ejercían la prostitución y quienes eran víctimas de la trata de blancas. A tal conclusión puede llegarse al observar cómo en una misma disposición – Artículo 3 – se establecía, primero, que las prostitutas extranjeras serían repatriadas a su país de origen para, acto seguido, en el párrafo siguiente y como continuación lógica del discurso, declarar que las víctimas de trata de blancas podrían tener la posibilidad de ser confiadas a una institución de caridad con vistas a su repatriación – y sólo en este caso –. Al mismo desenlace lleva la observación del objeto del tratado consistente en enfrentar el reclutamiento de mujeres y niñas y su transferencia al extranjero con fines inmorales y en la prostitución. Bajo este tenor las prostitutas reclutadas en el extranjero y las víctimas de trata de blancas serían términos intercambiables por cuanto en ningún momento se requiere la presencia de un elemento de coerción, o de fraude, o de engaño, o cualquier otro que vicie y, consecuentemente, vuelva nulo, el posible consentimiento de la mujer al acceder al ejercicio de la actividad. Nuevamente, se estaría ante la unión, a veces indisociable, entre trata y prostitución

---

<sup>64</sup> Artículos 1, 2, 3 y 6 del Acuerdo Internacional de 1904.

La postura que subyacía al tratado era clara. Aquí se asumía la imposibilidad de encontrar casos de prostitución voluntaria cuando intermediase un proxeneta. Se daría por sentado, consecuentemente, que quien ejerce la actividad es siempre sujeto pasivo del delito bajo la concepción establecida por el tratado. La posible presencia de la voluntad de la mujer para acceder y ejercer la prostitución – voluntariedad que no está, a su vez, exenta de polémica –<sup>65</sup> a través de un intermediario quedaría excluida, subsumiéndose un término dentro del otro sin poder diferenciarse entre prostituta – salvo, en teoría, en los casos en los que ejerciera la prostitución por ella misma sin intermediación de otra persona – y víctima de trata.

No es del todo llamativo que ésta haya sido la postura que habría guiado los términos del Acuerdo de 1904. Antes se vio que ésta pre-existía en la Conferencia Internacional de 1902 donde había sido mantenida por el delegado italiano. Aquel sostenía que la trata de blancas se identificaría con el proxenetismo el cual debía ser castigado en todo caso con independencia de que la mujer – mayor de edad y, como tal, en pleno uso de sus capacidades para consentir – hubiese decidido ejercer la prostitución bajo tales términos y sin necesidad de identificar la presencia de ningún elemento que hubiese viciado su consentimiento. Este posicionamiento no sorprende teniendo en cuenta las posturas imperantes en los debates sobre la prostitución de la época y la cercanía temporal con la Conferencia de 1902. En esta última, la Comisión de redacción de los, entonces, futuros instrumentos, mantenía que, si bien debía diferenciarse entre el estatus de la mayoría y la minoría de edad de la víctima entendía que, a la hora de definir el delito, tal circunstancia era un mínimo por lo que “las legislaciones podían ir mucho más lejos (...) castigando [el proxenetismo] de las mayores de edad fuera de toda circunstancia agravante”,<sup>66</sup> esto es, sin la necesaria presencia de vicios del consentimiento otorgado.

Así las cosas, el resultado del primer tratado internacional sobre la trata sería la asimilación entre las prostitutas extranjeras y las víctimas de la trata de blancas, el

---

<sup>65</sup> Esta cuestión merece, por lo menos, una nota al pie. Es interesante destacar que dentro de las líneas existentes en los debates sobre la prostitución, tal y como comenta Weitzer, el *paradigma de la opresión* mantendría la inexistencia de la posibilidad de que el ejercicio de la prostitución vaya de la mano de la emisión de un consentimiento libre. La premisa de tal paradigma es que “las mujeres no venderían sexo si tuvieran las mismas oportunidades socioeconómicas que los hombres”, por lo cual, difícilmente se mantendría la posible existencia de una voluntariedad en el ejercicio de la prostitución la cual, no sería libremente ejercida sino que el recurso a su ejercicio es reductible a las relaciones de género del patriarcado y a la dominación masculina (Weitzer, *Legalizing Prostitution*, 10).

<sup>66</sup> *Conférence Internationale pour la Répression de la Traite des Blanches* 1902, 182.

establecimiento de medidas para controlar la migración y la no previsión de medidas de protección y asistencia a las víctimas, considerándose únicamente – aunque no siempre, con una serie de cortapisas y sin explicitación de si cabría un mayor contenido, por ejemplo, de tipo asistencial – la posibilidad de acceder a una institución de caridad en espera a ser repatriadas. La ausencia de un enfoque de derechos humanos, además de en la falta total de consideración de las necesidades asistenciales o de protección de las víctimas, se dejaba ver en las condiciones previstas para su repatriación. En concreto, este instrumento “revictimizaría” a quienes ya hubieran sido víctimas. Así, basándose en la idea de que no se debe poner al Estado entre su deber y su interés,<sup>67</sup> se habría establecido que las mujeres, una vez libres de su situación de explotación, quedarían obligadas, como regla general y en virtud de una de las disposiciones del tratado – Artículo 4 –, a reembolsar al Estado los gastos de su propia repatriación a su país de origen.

Finalmente, un último aspecto debe destacarse con respecto a la configuración del delito en el Acuerdo de 1904. Aunque seguramente se habrá entendido con lo ya expuesto, debe referenciarse de manera expresa que, en el primer acuerdo internacional sobre la materia, la trata de blancas contra la que los Estados pretendían luchar era exclusivamente de índole internacional, quedando fuera de su ámbito las posibles manifestaciones de la ofensa en las lindes únicas de una sola nación. Las obligaciones que asumirían los Estados Parte implicaban que, primero, el reclutamiento de mujeres que se combatía estaba destinado a la prostitución en el extranjero;<sup>68</sup> segundo, esto explica por qué las medidas de vigilancia establecidas para localizar a posibles autores, cómplices o víctimas se centraban en lugares de tránsito u oficinas de empleo de mujeres en el extranjero;<sup>69</sup> y, tercero, y como fue apuntado, se equipararían a las prostitutas reclutadas con las víctimas de trata de blancas tan sólo cuando fueran de nacionalidad extranjera.<sup>70</sup> En todo caso, esto es de lógica cuando ya se ha identificado que éste era un tratado de cooperación para controlar la migración.

Con la consagración de este contenido se primaba a aquella postura que, pretendiendo la conservación de la soberanía de los Estados, había sido defendida en la Conferencia Internacional de 1902 por el delegado ruso quien mantenía que declarar

---

<sup>67</sup> *Conférence Internationale pour la Répression de la Traite des Blanches* 1902, 141.

<sup>68</sup> *Vid* Artículo 1 del Acuerdo Internacional de 1904.

<sup>69</sup> *Vid* Artículos 2 y 6 del Acuerdo Internacional de 1904.

<sup>70</sup> *Vid* Artículo 3 del Acuerdo Internacional de 1904.

punible la actividad en el interior de un Estado conllevaría una intromisión en asuntos de índole nacional y que excedería la competencia atribuida. Por lo tanto, esta postura se habría impuesto sobre el consenso allí alcanzado en sentido contrario donde, incluso, se había puesto en duda la adecuación del uso del término “*traite des blanches*”, no sólo por no reflejar las verdaderas características de las víctimas, sino porque – y aquí lo relevante en este punto – parecía excluir la manifestación del delito del ámbito nacional como si implicara una idea de exportación e importación que, justamente, no era en sí misma una característica identificable siempre en este delito que no tendría únicamente carácter internacional.

### 1.3.2. La Convención Internacional relativa a la Represión de la Trata de Blancas del año 1910

En los años siguientes a la conclusión del Acuerdo de 1904, la preocupación suscitada por la temática no disminuyó y en 1910 un segundo tratado internacional sobre la trata de blancas vería la luz. La decisión de adoptar la Convención internacional relativa a la represión de la Trata de Blancas del año 1910 provenía del deseo de las naciones allí presentes de dotar a la lucha contra este delito de la mayor eficacia posible. Será muestra de la intención de conseguir esta mayor eficacia el hecho de que la adhesión a este tratado implicaría a su vez la adhesión completa de pleno derecho al Acuerdo de 1904,<sup>71</sup> y que en su articulado se introdujeran aquellas posturas mantenidas en la Conferencia de 1902 que no habrían tenido cabida en el anterior instrumento.

El compromiso de la comunidad internacional por erradicar la trata de blancas era creciente y trascendía a los tratados internacionales que se estaban concluyendo. En efecto, aunque las conferencias que les darían nacimiento habían estado dominadas por potencias europeas donde el único país ajeno era Brasil, otros Estados estarían implementando sus ordenamientos jurídicos nacionales con leyes específicas en la materia. Por ejemplo, Estados Unidos, a pesar de no haber vuelto a aparecer desde aquel primer Congreso de 1899 en ningún foro internacional sobre la trata de blancas, se estaría dotando en el mismo año de su propia ley al respecto, el *White Slave Traffic Act* de 1910. Igualmente, Argentina haría lo propio en el año 1913 con la Ley 9143, y la cuestión se mantendría activa con la presentación de un nuevo proyecto de ley cuatro años más tarde (*vid ut supra* nota al pie 21).

---

<sup>71</sup> *Vid* Artículo 8 de la Convención de 1910.



El contenido de la Convención Internacional de 1910 posee notorias diferencias con el de su predecesor. Este nuevo tratado tendría por objeto el castigo de los perpetradores de un delito que vería configurados sus elementos en función de la mayoría y la minoría de edad de las víctimas. Las novedades introducidas llevarían a una mayor precisión de la delimitación de la figura de la trata de blancas. Así, en este instrumento se perseguiría castigar a quienes, para satisfacer las pasiones de terceros, reclutaran, llevaran hacia o sustrajeran a mujeres menores de edad, aun cuando mediara su consentimiento, con fines inmorales. Asimismo, también debía ser castigado quien, para satisfacer las pasiones de otro, recurriera al fraude o a la ayuda de violencia, amenazas, abuso de autoridad u otro medio de coacción para captar, llevar o disuadir a una mujer o una joven mayores de edad con una finalidad inmoral. Y, tanto en un supuesto como en el otro, el delito sería castigado “incluso cuando los diferentes elementos constitutivos de la infracción se hubieran cumplido en países distintos” – Artículos 1 y 2 –. Del objeto de este tratado tres apreciaciones principales pueden extraerse.

La primera es que, tal y como había advertido Knepper (*vid ut supra* p. 18), puede observarse cómo la trata de blancas participaba del fenómeno de la internacionalización del crimen. La conclusión de estos tratados internacionales da muestra de ello. Así, si con el Acuerdo de 1904 ya se instauraba una cooperación entre Estados para el intercambio de información y otros, con la Convención de 1910 se hablaba de establecer medidas legislativas para castigar el delito. Aquí, el grado de detalle se incrementaría. Los perpetradores deberían ser castigados incluso cuando los elementos de la actividad delictiva hubieran sido acometidos en países distintos. Además, la trata de blancas daría lugar a extradición y se preverían transmisiones entre comisiones rogatorias – lo que implicaría la comunicación entre los tribunales de los países firmantes para practicar diligencias judiciales en la materia –. Finalmente, se crearían boletines de las condenas cuando los elementos del delito se hubieran producido en diferentes países, debiendo ser transmitidos a la autoridad de centralización de la información del otro Estado o Estados implicados según había sido designada en su día en virtud del Acuerdo de 1904.<sup>72</sup>

La segunda apreciación busca destacar la relevancia de la introducción en el tipo de la trata de blancas del *elemento de medios utilizados para conseguir el consentimiento de la víctima*. La presencia de este elemento supone que el consentimiento otorgado por

---

<sup>72</sup> Vid Artículos 5, 6 y 7 de la Convención de 1910.

la víctima menor de edad para ejercer la actividad es siempre irrelevante y que cuando ésta es mayor de edad ocurrirá lo mismo y el consentimiento se considerará viciado cuando estén presentes las formas fraudulentas de procurarse la aquiescencia de la víctima – a saber, fraude, violencia, amenazas, abuso de autoridad u otro medio de coacción –. Esta primera introducción en un tratado internacional del elemento de medios de comisión del delito perviviría en el tiempo, concretamente, durante 90 años, para pasar a ser parte constitutiva del delito de trata de seres humanos tal y como se la entiende en la actualidad. Su introducción es de magna relevancia puesto que elimina un problema fundamental introducido con el tenor del instrumento anterior. Con la Convención de 1910, el hecho de requerir un elemento de medios como parte del tipo del delito de trata de blancas implicaría que se habría llegado a un consenso sobre la inexistencia de validez en el otorgamiento de consentimiento por parte de sus víctimas. La consecuencia es la neta diferenciación de esta figura con respecto a la circunstancia de aquellas mujeres que hubieran sido reclutadas para prostituirse ejerciendo la prostitución voluntariamente, esto es, sin vicios en su consentimiento, las cuales, por lo tanto, no estarían consideradas bajo el espectro del nuevo tratado. Esto es, aquí, las prostitutas extranjeras ya no eran necesariamente víctimas de trata de blancas.

Este cambio de postura se correspondía con el posicionamiento mantenido por el delegado francés en la Conferencia Internacional de 1902. Su opinión, divergente de la del delegado italiano – seguida en el anterior Acuerdo de 1904 –, alejaría al delito de la trata de blancas del debate de la prostitución al haber establecido una diferenciación entre el proxenetismo y la trata de blancas a través del elemento de medios. El consentimiento, en el segundo caso, jamás habría sido válidamente otorgado ya fuera porque la víctima era una menor o porque la víctima era mayor de edad y consentía en virtud de violencia, coacción o engaño. De ahí la importancia de la introducción del rol del consentimiento como elemento de la trata de blancas que supondrá que, por primera vez en un instrumento con fuerza vinculante, la figura cobra autonomía delimitando su perímetro como independiente al del proxenetismo.

La introducción de este progreso vendría acompañada de un arduo debate paralelo que habría tenido inicio en la Conferencia de 1902 y se extendería hasta la Conferencia de 1910. A saber, si el rol desempeñado por el consentimiento variaba según si las víctimas eran mayores o menores de edad, entonces habría que determinar cuál era

exactamente la edad de transición. Ésta sería la frontera divisoria entre el mundo en el que no cabía el otorgamiento de un consentimiento libre y aquel en el que sí.

La cuestión debatida era si esta edad debía fijarse de manera uniforme o si debía remitirse a lo establecido en las reglas civiles o en las reglas penales de cada país. Las posturas irían evolucionando, asimilándose al principio a una lluvia de ideas. Primero se precisaba únicamente que el paso a la mayoría de edad debía retrasarse todo lo posible. Luego se entendió que debía decidirse una edad determinada por el derecho civil y, posteriormente, por el derecho civil del Estado en el que se aplicaría la ley penal. Llegado el momento se entendió que era claro que se necesitaba establecer una edad específica y uniforme si se quería evitar que los tribunales de los diferentes Estados castigaran el delito de manera diferente o, incluso, que no lo castigaran o, yendo más allá, que con motivo de ésta última proposición se creara el efecto de que los tratantes eligieran para cometer el delito a aquellos países donde la mayoría de edad estaba fijada a menor edad, como zonas de menor riesgo. Dos delegaciones, la suiza y la húngara, se mostrarían inamovibles en la idea de que la demarcación entre la mayoría y la minoría de edad debía establecerse a los veinte años. Como resultado de esta imposición, las demás delegaciones, guiadas por un espíritu de conciliación y persiguiendo una aceptación unánime, accederían a esta última proposición por unanimidad haciéndose, como matiz, una salvaguarda por la cual podría fijarse por ley una edad de protección más elevada. De esta manera, el consenso final no ocasionaría un problema a aquellos Estados – por lo demás la mayoría de ellos – que identificaban el paso a la mayoría a los veintiún años.<sup>73</sup>

La tercera apreciación gira en torno a la cláusula introducida en la definición del delito, en los Artículos 1 y 2 del nuevo tratado, por la cual aquel debía castigarse “incluso cuando los diferentes elementos constitutivos de la infracción se hubieran cumplido en países distintos”. Manteniendo esto en mente, debe recordarse que con la Convención de 1910 los Estados se comprometían a adoptar una serie de medidas y que, entre ellas, se incluía la adaptación de su legislación interna para penalizar el delito de la trata de blancas siguiendo la configuración del nuevo tratado – Artículo 3 –. Esto es, bajo la definición de los Artículos 1 y 2. Esto va a suponer que la trata debía castigarse

---

<sup>73</sup> *Conférence Internationale pour la Répression de la Traite des Blanches* 1902, 32, 182, 195 ; *Deuxième Conférence Internationale pour la Répression de la Traite des Blanches. 18 avril – 14 mai 1910*, 66-68 y 81-84; Protocole de clôture, letra B, de la Convención de 1910.

en sus ordenamientos nacionales tanto cuando tuviera carácter de delito internacional como de nacional. Efectivamente, la obligación de reprimir la trata en ambos órdenes, nacional e internacional, no se daría hasta este tratado a pesar de que, como se sabe, la idea venía de la Conferencia Internacional de 1902. En aquella, esta intención era clara. En concreto, los delegados habían dicho sobre la redacción de los que vendrían a ser los Artículos 1 y 2 que “[era] inadmisibles que un país reprima la trata exterior y no la trata interior”, que “ambos hechos deben reprimirse en una legislación que pretenda ser lógica” y que “los textos de los Artículos 1 y 2 suponen en sí mismos que la trata interior será castigada, aunque no lo digan de una manera principal”.<sup>74</sup>

Finalmente, es de destacar que ni el Acuerdo de 1904 ni la Convención de 1910 habrían incluido la existencia de un mecanismo de control que velara por el cumplimiento de los compromisos adquiridos por los Estados Parte. Es cierto que el segundo tratado, había previsto que la adaptación de su legislación interna para castigar el delito debería ser comunicada al Gobierno Francés<sup>75</sup> pero, más allá de esto, el cumplimiento de los compromisos adquiridos quedaría en las exclusivas manos de los Estados, sin que una instancia distinta y designada al efecto vigilara la efectiva puesta en práctica de sus obligaciones. En todo caso, de haber existido se habría encargado de cuestiones exclusivamente de índole penal como el aseguramiento de su criminalización en los ordenamientos jurídicos nacionales, o de la cooperación entre los Estados en diferentes acciones directamente vinculadas con los procedimientos penales. Esto no podía ser de otra manera puesto que, al igual que ocurría en el articulado de su predecesor, la trata de blancas que allí se combatía era un delito y no una violación de derechos humanos.

## 2. La trata en la era de la Sociedad de las Naciones

Concluida la Primera Guerra Mundial, en la sesión plenaria de la Conferencia de Paz celebrada en Versalles el 25 de enero de 1919 se aceptaría la propuesta de creación de la Sociedad de las Naciones. Unos meses más tarde, el 28 de junio, se firmaría el Tratado de Versalles que contendría en su primera parte, del Artículo 1 al 26, el Pacto de la Sociedad de las Naciones que entraría en vigor, en su conjunto, el 10 de enero de 1920.<sup>76</sup> Desde la misma conclusión de este acto constitutivo se puede apreciar la

---

<sup>74</sup> *Conférence Internationale pour la Répression de la Traite des Blanches* 1902, 115, 123 y 183.

<sup>75</sup> Artículo 4 de la Convención de 1910.

<sup>76</sup> Sobre la cronología de la actividad de la Sociedad de Naciones:

continuidad en el interés de la comunidad internacional por abatir la trata. Como primera manifestación de tal voluntad, en el Artículo 23 letra c de aquel primer documento fundante, sus Estados Miembros se comprometían a supervisar la ejecución de acuerdos internacionales sobre la trata de mujeres y niños.<sup>77</sup> En este periodo se concluirían dos tratados para reprimir el delito.

## 2.1. El Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños del año 1921

Sería a raíz de la celebración de la *Conferencia Internacional sobre la trata de mujeres y niños* del 30 de junio de 1921, que se concluiría en Ginebra, el 30 de septiembre del mismo año, el *Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños* del año 1921 – *International Convention for the Suppression of the Traffic in Women and Children* –. La adopción de tratados bajo los auspicios de la Sociedad de las Naciones traerá un incremento sin precedentes en el número de los países involucrados en la represión de la trata. El aumento de la participación no supondrá solamente un acrecentamiento de la cantidad de Estados que pasarán a formar parte de un compromiso internacional vinculante para erradicar la trata – participación que efectivamente se dilataría sustancialmente en comparación con los tiempos de los primeros tratados<sup>78</sup> sino que, a su vez, ampliaría notablemente las regiones implicadas. De esta manera, la materialización de la internacionalización de la lucha contra la trata cobraría fuerza. Por primera vez, los países intervinientes ajenos al continente europeo no serán una única excepción en los foros internacionales dirigidos a reprimir el delito, ampliándose la visión que habría de dominar su combate más allá de sus lindes.

Es apreciable en el título y en el articulado del Convenio de 1921 que, en esta nueva época, se abandona definitivamente el término histórico de la *trata de blancas* – siempre motivo de disconformidad – y se le reemplaza por el de *trata* ya fuese de

---

[http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/\(httpAssets\)/3DA94AAFE9E8E76C1256F340047BB52/\\$file/sdn\\_chronology.pdf](http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/(httpAssets)/3DA94AAFE9E8E76C1256F340047BB52/$file/sdn_chronology.pdf) [Consultado el 20 de julio 2017].

<sup>77</sup> En el tenor del Artículo 23 letra c:

“Subject to and in accordance with the provisions of international conventions existing or hereafter to be agreed upon, the Members of the League: (...) c) will entrust the League with the general supervision over the execution of agreements with regard to the traffic in women and children (...)”.

<sup>78</sup> En el Convenio Internacional de 1921 participarían: Albania, Alemania, Austria, Bélgica, Brasil, el Imperio Británico (con Canadá, el Commonwealth de Australia, Sudáfrica, Nueva Zelanda e India), Chile, China, Colombia, Costa Rica, Cuba, Estonia, Grecia, Hungría, Italia, Japón, Letonia, Lituania, Noruega, Países Bajos, Persia, Polonia (con Danzig), Portugal, Rumanía, Siam, Suecia, Suiza y Checoslovaquia.

mujeres o de niños. Sin embargo, el cambio se daría tan sólo con respecto a la terminología, siguiéndose, en todo lo demás, la misma línea que habría venido siendo marcada hasta aquel entonces. Ello es así puesto que la adopción del nuevo tratado respondía al deseo de asegurar una represión más completa del delito anteriormente recogido en el Acuerdo de 1904 y en la Convención de 1910 concibiéndose a sí mismo como un tercer instrumento que complementaría las medidas administrativas y legislativas de sus predecesores. Es, justamente, debido a esta continuidad en el afrontamiento de la materia que los países parte en el Convenio de 1921 debían ratificar o adherirse a los anteriores tratados.<sup>79</sup>

El nuevo Convenio de 1921 tendría por objeto el castigo de la trata en los términos establecidos en el Convenio de 1910 añadiendo, como gran novedad, la asunción de una obligación de perseguir la infracción cuando aquella tuviera como finalidad la trata de niños de ambos sexos.<sup>80</sup> Será la primera vez en la que se incluya al sexo masculino, aunque fuese únicamente en el caso de niños, entre las posibles víctimas de la trata. De resto, se preverá también el castigo de la tentativa y la extradición de los inculpados o de los condenados por casos de trata entre aquellos países que no disfrutaran de una convención a tal respecto. Además, se variará la edad de minoría aumentándola un año, hasta los veintiuno, ampliando el tiempo en el que el consentimiento de la mujer en ejercer la prostitución sería irrelevante.<sup>81</sup> Es interesante destacar que se acordaba por primera vez una medida de concienciación general concreta consistente en alertar de forma preventiva a las mujeres y a los niños en tránsito de viaje, por medio de avisos en carteles fijados, en estaciones y puertos, de los peligros inherentes a la trata y de aquellos lugares en los que podrían conseguir alojamiento, ayuda o asistencia – si bien, no se especifica con más detalle en qué deberían consistir cada una de estas ofertas –.<sup>82</sup>

Con excepción de estas nuevas incorporaciones seguirían vigentes las flaquezas de sus antecesores en la medida en que no se introdujeron variaciones que colmaran la ya denotada ausencia de un enfoque de derechos humanos o la imprevisión de la designación de un órgano encargado de monitorizar el cumplimiento por parte de los Estados Parte de las disposiciones del tratado.

---

<sup>79</sup> *Vid* Preámbulo y Artículo 1 del Convenio de 1921.

<sup>80</sup> Artículo 2 del Convenio de 1921.

<sup>81</sup> Artículos 3, 4 y 5 del Convenio de 1921.

<sup>82</sup> Artículo 7 del Convenio de 1921.

## 2.2. El Convenio Internacional relativo a la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad del año 1933

Doce años más tarde, en un segundo momento, se procedería a la elaboración del cuarto tratado internacional sobre la trata, el *Convenio Internacional relativo a la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad – International Convention for the Suppression of the Traffic in women of Full Age* –, concluido en Ginebra el 11 de octubre del año 1933. Gozando nuevamente de una alta y variada presencia internacional,<sup>83</sup> este instrumento, al igual que el anterior, se concebiría como un nuevo elemento que completaría al previo Acuerdo de 1904, a la Convención de 1910 y al Convenio de 1921<sup>84</sup> en el combate que la comunidad internacional pugnaba contra la trata de las mujeres y de los niños.

Como reza la terminología elegida en el título del Convenio de 1933, las precisiones que allí se contendrían, atañerían exclusivamente a las mujeres mayores de edad. La primera de sus disposiciones, su Artículo 1, decía así:

“Quienquiera que, para satisfacer las pasiones de otro, haya reclutado, llevado hacia o sustraído incluso con su consentimiento, a una mujer o a una joven mayores de edad con fines inmorales para llevarla a otro país, será castigado, incluso cuando los diversos actos constitutivos del delito hayan sido acometidos en países diferentes”.<sup>85</sup>

La introducción de esta cláusula supondría un retroceso con respecto a algunas de las ideas que ardua y concienzudamente habían sido debatidas hasta lograr un consenso durante los *travaux* de la Conferencia Internacional de 1902 y que habrían sido plasmadas posteriormente en la Convención de 1910. En precisión, la nueva redacción consagraría la idea de que, en su virtud, se volvería a yuxtaponer a la trata de mujeres con la prostitución a través de intermediarios, volviendo a embeber el debate del antiguo sesgo moral que le habría acompañado en los primeros tiempos de la trata de blancas. De esta manera, aunque formalmente se estaría tratando de reprimir la trata de mujeres,

---

<sup>83</sup> En la conclusión del Convenio de 1933 estarían representados: Albania, Alemania, Austria, Bélgica, Gran Bretaña e Irlanda, India (incluyendo los dominios británicos de ultramar), Bulgaria, Chile, China, Polonia (con Dantzig), España, Francia, Grecia, Hungría, Letonia, Lituania, Mónaco, Noruega, Panamá, los Países Bajos, Portugal, Suecia, Suiza, Checoslovaquia, Yugoslavia.

<sup>84</sup> Prólogo del Convenio de 1933.

<sup>85</sup> “Whoever, in order to gratify the passions of another person, has procured, enticed or led away even with her consent, a woman or girl of full age for immoral purposes to be carried out in another country, shall be punished, notwithstanding that the various acts constituting the offence may have been committed in different countries” (Artículo 1 del Convenio de 1933).

materialmente, bajo la bandera de aquella lucha, se estaría reprimiendo la prostitución. El inicio de esta tendencia se intuía ya en el precedente Convenio de 1921 donde, en una ampliación proteccionista, se habría comenzado a incrementar la edad de minoría requerida antes de la cual, para identificar un caso de trata, no se habría exigido vicio alguno en la capacidad de consentir de la mujer.

Se habría producido un giro y, ahora, el proxenetismo – los proxenetes, como intermediarios de la prostitución – debería ser castigado en todo caso, esto es, incluso cuando la mujer mayor de edad ejerciera la prostitución voluntariamente, bajo tales parámetros y sin necesidad alguna de que hubiesen intervenido los medios de fraude, violencia, amenazas, abuso de autoridad u otros medios de coacción para viciar su consentimiento. Ocurre, sin embargo, que una última puntualización se incluía, a saber, esta conducta sería castigada exclusivamente cuando esta manifestación de la trata tuviera carácter internacional. Esta precisión dentro del precepto limitaría el alcance de la involución.

Así, si bien la primera parte de la disposición desvirtúa al tipo de la trata tal y como venía siendo entendido, la segunda suavizaría sus efectos. Esto ocurrirá por cuanto con su introducción, la trata de mujeres mayores de edad sería castigada equiparándose al proxenetismo únicamente cuando esta fuera internacional de forma que, en virtud de la conceptualización de la trata contenida en los tratados internacionales anteriores – particularmente la definición de 1910 – ésta seguiría, en parte, disfrutando de su figura autónoma, propiamente diferenciada del proxenetismo, en aquellos casos en los que la explotación se diera sobre mujeres mayores de edad dentro de las fronteras de un único país.

Por todo lo demás, el Convenio de 1933 estaría dirigido a la adopción de medidas legislativas para reprimir la nueva matización del delito por parte de los Estados Parte y a la asunción de medidas de corte administrativo tendentes a fomentar el intercambio de información entre ellos con respecto a las sentencias de condenación, las averiguaciones sobre el delincuente y la adopción de medidas de reenvío o expulsión que hubieran sido adoptadas.<sup>86</sup>

Es de destacar que el contenido de aquella primera disposición del Convenio de 1933 es el resultado de dos posturas en pugna, fácilmente identificables, que durante

---

<sup>86</sup> Artículos 2 y 3 del Convenio de 1933.



años se enfrentarían en el seno de un comité que había sido creado específicamente para ocuparse de la trata en la era de la Sociedad de las Naciones.

En efecto, con posterioridad a la conclusión de la Convención de 1921 se crearía en el interior de la Sociedad de las Naciones un *Comité Consultivo sobre la Trata de Mujeres y Niños* formado por delegados de gobiernos y representantes de organizaciones internacionales. En su labor, se ocuparía de la represión de la trata para lo que, entre otras cosas, compilaría información sobre la trata y supervisaría el cumplimiento por parte de los Estados firmantes de los tratados internacionales pertinentes. En el año 1923, durante el desarrollo de sus funciones se propondría la realización de una investigación sobre la naturaleza de la trata internacional que se ocupara del crimen, de sus autores, y de las medidas legales para castigar a los captadores y proteger a las mujeres y los niños, para cuya tarea se nombraría a un Comité Especial de Expertos que compilaría información oficial y extraoficial del mundo de la prostitución de 112 ciudades. El resultado de la investigación probaría al Comité la existencia de la trata y llamaría su atención sobre el tema de la captación, todo lo cual influiría los trabajos del instrumento internacional a venir.<sup>87</sup>

En relación a los trabajos del Comité Consultivo, Magaly Rodríguez ha resaltado que, en el desempeño de toda aquella labor, un enfrentamiento se hacía patente retomando la candencia del debate sobre la prostitución entre aquellos miembros de corte abolicionista y aquellos de sesgo regulacionista.<sup>88</sup> El hecho de conocer que ambas posturas pugnaban en los debates de fondo permite ver que con la primera disposición del Convenio de 1933 se estaban intentando conciliar los intereses de estos dos posicionamientos. Así, piénsese en lo que buscaba cada uno de ellos. Por un lado, un movimiento abogaba por la reglamentación de la prostitución, el cual, como explica Bullough y Bullough, tenía origen en el interés de regular inspecciones médicas de las prostitutas para controlar las enfermedades venéreas y vendría derivado del movimiento por la salud pública del siglo XIX. Del otro lado, el abolicionismo en un principio pretendía terminar con el sistema de reglamentación al estimar que no había conseguido suprimir las enfermedades venéreas pero que, sin embargo, había dado lugar a todo tipo de abusos hacia las prostitutas y que las había puesto en una clase especial y,

---

<sup>87</sup> Magaly Rodríguez García, "The League of Nations and the Moral Recruitment of Women", *Review of Social History* 57, n° S20 (2012): 103, 104, 106.

<sup>88</sup> Magaly Rodríguez García, "The league of Nations and the Moral", 116 y 117.

posteriormente, simplemente pretendía abolir la prostitución.<sup>89</sup> Sabiendo que éste era el trasfondo que pugnaba en la trastienda de la elaboración del Convenio de 1933, es fácil apreciar que la introducción del tenor de su Artículo 1 habría buscado el mantenimiento de un equilibrio entre ambas posturas. Como acertadamente ha explicado Magaly Rodríguez a este respecto, de un lado, se satisfaría a los abolicionistas que verían el precepto como un paso hacia la total supresión de la prostitución y, de otro lado, compensaría a los regulacionistas quienes verían cómo, en virtud de la cláusula final que introduce la nueva variación exclusivamente cuando el delito tuviera carácter internacional, se respetaría la figura de los propietarios de sus burdeles con licencia que no podrían ser condenados a raíz de la conclusión del nuevo Convenio Internacional de 1933.<sup>90</sup>

Sin embargo, el tema no parecía definitivamente resuelto y los trabajos del Comité proseguirían. Sobre ello la misma autora ha comentado que la pervivencia de la controversia entre regulacionistas y abolicionistas daría fundamento a la continuación de la tarea de dotar a la comunidad internacional con un tratado que suprimiera la trata en la forma más eficaz. En este respecto, la pugna entre las dos posturas terminaría por resolverse a favor del abolicionismo cuando el Comité solventaría que, puesto que el sistema de licencias o burdeles tolerados no habría conseguido su objetivo principal de prevenir enfermedades venéreas, no podría justificarse, en consecuencia, la regulación de la prostitución. Por ello cualquier tipo de burdel debería estar prohibido y tanto quienes regentaban tales establecimientos como los proxenetas deberían ser castigados.<sup>91</sup>

A esta conclusión del Comité se debería la propuesta de elaboración de una nueva convención de corte abolicionista que daría como resultado al borrador de una *Convención para la Represión de la Explotación de la Prostitución de Otros* en el año 1937.<sup>92</sup>

No obstante, a pesar de todos estos esfuerzos por dotar de este nuevo cariz a la represión de la trata, el estallido de la Segunda Guerra Mundial imposibilitaría la

---

<sup>89</sup> Bullough and Bullough, *Women and Prostitution*, 233, 234, 245, 264.

<sup>90</sup> Rodríguez García, "The league of Nations and the Moral", 116 y 117.

<sup>91</sup> Rodríguez García, "The league of Nations and the Moral", 118.

<sup>92</sup> United Nations. Audiovisual Library of International Law. *Convention for the Suppression of the Trafficking in Persons and of the Exploitation of Prostitution of Others, 1950*. (2013): 1-5. [http://legal.un.org/avl/pdf/ha/uncstpepo/uncstpepo\\_ph\\_e.pdf](http://legal.un.org/avl/pdf/ha/uncstpepo/uncstpepo_ph_e.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].

continuidad del desarrollo del futuro tratado internacional bajo los auspicios de la Sociedad de las Naciones. La lucha contra la trata vería cómo el interés que había venido suscitando en la comunidad internacional hasta aquel entonces se interrumpiría, quedando aplazado hasta el advenimiento de la era de las Naciones Unidas.

### 3. La trata en la era de las Naciones Unidas

#### 3.1. La Convención para la Represión de la Trata de Personas y la Explotación de la Prostitución de Otros del año 1949

No sería hasta el final de la Segunda Guerra Mundial que se retomarían los trabajos que, con respecto a la elaboración de un nuevo tratado internacional sobre la trata, habían debido ser interrumpidos con ocasión de su causa. Aquellos se reanudarían en el seno de la nueva organización internacional que venía de nacer, las Naciones Unidas – constituida oficialmente el 24 de octubre de 1945 –, a través de una serie de resoluciones.

En particular, en la cuarta sesión del Consejo Económico y Social, a través de la resolución 43 (IV) de 29 de marzo de 1947, se encomendaría al Secretario General la labor de retomar el estudio del borrador del año 1937, elaborado bajo los auspicios de la Sociedad de las Naciones, y de reformarlo para su actualización según demandase su puesta al día. Unos meses más tarde, por medio de la resolución 83 (V) de 14 de agosto, el Consejo Económico y Social propondría a la Comisión Social – actual Comisión para el Desarrollo Social – la posibilidad de unificar el borrador de convención de 1937 con los cuatro instrumentos previamente existentes para la represión de la trata de mujeres y niños. Esta tarea sería formalmente encomendada al Secretario General un año más tarde a través de una nueva resolución, la 155 E (VII) de 13 de agosto de 1948. El resultado de esta encomienda sería la presentación a la Comisión Social, durante su cuarta sesión, de un *borrador de Convención para la Represión de la Trata de Personas y la Explotación de la Prostitución de Otros* el 23 de diciembre de 1948. Una vez sometido a modificaciones sería presentado a la Asamblea General donde, tras someterse el texto a varias consideraciones, el 2 de diciembre del año 1949, a través de

la resolución 317 (IV), se adoptaría la nueva convención invitando tanto a Estados Miembros de las Naciones Unidas como a no miembros a formar parte de ella.<sup>93</sup>

De todo este proceso, un nuevo tratado internacional, la *Convención para la Represión de la Trata de Personas y la Explotación de la Prostitución de Otros – Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others* – del año 1949, nacería, aunando los vaivenes en la represión de la lucha contra la trata que habrían acontecido durante casi medio siglo de trabajos y compromisos internacionales.

Como su nombre patentizaba la Convención de 1949 pretendería reprimir la trata de personas, abandonando las alusiones expresas a las mujeres y a los niños, y perseguiría suprimir la explotación de la “prostitución de otros” haciendo, en principio, referencia específica al proxenetismo. Tomando como punto de partida este enunciado cabe hacer dos tipos de aclaraciones.

La primera aclaración se refiere a la eliminación total de las anteriores referencias expresas a las mujeres o a los niños, como únicas potenciales víctimas de la trata, pasando a utilizarse el término más extenso de *personas*. Cabría plantear la duda de si con el recurso al vocablo *personas* para referir a las potenciales víctimas de la trata se habría querido incluir a todo tipo de individuos, esto es, también a adultos masculinos; o si, por el contrario, se habría elegido simplemente un término más general que diera cabida en una unidad a la idea de la explotación de aquellas personas que habían venido siendo consideradas hasta aquel entonces como susceptibles de ser prostituidas, a saber, las mujeres y los niños y las niñas. La propuesta parece ser la primera. Así, en dos de las disposiciones de la Convención de 1949, se asume que el compromiso de los Estados Parte sobre la lucha contra la trata de personas destinadas a la prostitución abarca el caso *de ambos sexos*, añadiéndose como precisión que una especial atención debía dedicarse al caso particular de las mujeres y de los niños.<sup>94</sup>

---

<sup>93</sup> United Nations. *Convention for the Suppression of the Trafficking in Person, and of the Exploitation of Prostitution of Others, 1950*, (2013): 1-5.

<sup>94</sup> El Artículo 17 de la Convención de 1949 preveía que: “The Parties to the present Convention undertake (...) to check the **traffic of either sex for the purpose of prostitution** (...) and **in particular, women and children**”. Igualmente, el Artículo 20 establecía que: “The Parties to the present Convention shall (...) take the necessary measures for the supervision of employment agencies in order to **prevent persons seeking employment, in particular women and children**, from being exposed to the danger of prostitution” (Resaltado añadido).

Así visto, con la introducción del vocablo *personas* se dotaba al término de un significado inclusivo que supondría un nuevo avance en la configuración del delito que no había visto precedente. Cualquier persona podría ser reconocida como víctima de la trata con fines de explotación sexual – si bien en la peculiar construcción de la trata que, como se verá a continuación, introducía la Convención de 1949 –, también los hombres. Esta novedad primordial pervivirá formalmente hasta la conceptualización contemporánea de la trata a pesar de que, como se verá más adelante (*vid ut infra* apdo. 3.3.1.1.2), se ha llamado la atención sobre la particular invisibilidad de los hombres tratados en la práctica, concretamente, en prostitución.

La segunda aclaración lleva a destacar que, si bien podría parecer que bajo el título de la Convención de 1949 – *Convención para la Represión de la Trata de Personas y la Explotación de la Prostitución de Otros* – la comunidad internacional habría estado buscando acabar con dos conductas netamente diferenciadas en un mismo instrumento, en realidad, se estaría anunciando la unión conceptual entre la intermediación en la prostitución y la trata. Ciertamente, en el título se hace referencia a la represión de la *trata de personas* en sí misma, pareciendo sugerir que se estaba ante una figura autónoma en la que incluso podrían caber finalidades de explotación de las personas diferentes a la prostitución. Sin embargo, lejos de estarse ante la introducción de un matiz novedoso e inclusivo, tal redacción manifestaría simplemente la asunción de la idea de que la trata venía indisolublemente vinculada a la prostitución, hasta el punto de confundirse con determinadas manifestaciones de ella. Como va a ser expuesto, ninguna disposición de este tratado llevaría a pensar diferente.

Para argumentar tal conclusión cabe observar, primero, cómo la Convención de 1949 no sólo no ocultaría su intención de yuxtaponer el ejercicio de la intermediación en la prostitución a la trata – en consonancia con la tendencia abolicionista que había dominado los debates que impulsaron la propuesta del borrador de 1937 –, sino que, yendo más allá, haría alarde de ello. Basta un vistazo ligero para identificar en su preámbulo este vínculo cuando los Estados negociadores manifestaban su intención de adoptar medidas, a través de la conclusión de aquel acuerdo, contra la prostitución y contra el mal que la acompaña, a saber, la trata de personas con la finalidad de

prostituir las.<sup>95</sup> La adopción de este enfoque supondrá el culmen del desvío iniciado con el tratado anterior, la Convención de 1933, con respecto a la posición dominante en aquella primera Conferencia de 1902 donde se había expresado abiertamente la inconveniencia de adentrarse, al perfilar los márgenes de la lucha contra la trata, en los derroteros del debate sobre la prostitución.

La hipótesis que aquí se mantiene encuentra sostén, asimismo, en el contenido normativo del tratado. Así, el primero de sus artículos establecía que la Convención de 1949 se dirigía a punir dos tipos de figuras. De un lado, se castigaría a aquellas personas que, buscando satisfacer las pasiones de un tercero, procurasen, persuadiesen o llevaran hacia la prostitución a otra persona. De otro lado, se castigaría a quienes explotaran la prostitución de otra persona y, en ambos casos, incluso cuando contasen con el consentimiento de la persona prostituida.<sup>96</sup> Es interesante resaltar cómo a la hora de determinar la conducta punible se habrían regulado como figuras diferenciadas a quienes concertasen la prostitución de otra persona y a quienes explotasen tal prostitución. Esta demarcación habría obedecido, según ha subrayado Magaly Rodríguez en su estudio sobre los debates transcurridos en la era de la Sociedad de las Naciones, a la pretensión de distinguir entre los procuradores (*procurers*) de prostitución – quienes conseguirían que una persona se prostituyera con otra – y los chulos (*pimps*) – que controlarían, protegerían y vivirían de las ganancias de la persona prostituida –.<sup>97</sup>

La última precisión de este artículo termina de mostrar la dirección seguida por la Convención de 1949. Allí sería castigado quien realizara la conducta incluso cuando contase con el consentimiento de la persona prostituida. Con esta adición final, el consentimiento de la persona en acceder a la realización de la conducta de prostitución no sería relevante, y ello en cualquier caso, sin diferencia entre el valor atribuido a la aquiescencia de menores y de mayores de edad. Así, ocurriría que se incluía en el tipo penal el supuesto de que la persona se hubiera prostituido de manera voluntaria y sin

---

<sup>95</sup> “Whereas **prostitution and the accompanying evil of the traffic in persons for the purpose of prostitution** (...) [t]he Contracting Parties [h]ereby agree as hereinafter provided [the Convention]” (Resaltado añadido) (Preámbulo de la Convención de 1949).

<sup>96</sup> En su tenor original el Artículo 1 establecía que: “The Parties to the present Convention agree to punish any person who, to gratify the passions of another:

(1) Procures, entices or leads away, for purposes of prostitution, another person, even with the consent of that person;

(2) Exploits the prostitution of another person, even with the consent of that person”.

<sup>97</sup> Rodríguez García, “The league of Nations and the Moral”, 113.

vicios en su consentimiento con la intermediación de terceras personas. Aquí la figura de la trata de personas se solaparía formalmente con la de la prostitución con intermediarios, de forma vinculante y en cualquier caso, en los dominios de los Estados Parte. Los requisitos anteriores que venían siendo exigidos para considerar a la trata como una figura individualizada se habrían abandonado, ya no se incluían rasgos distintivos en su definición que permitiesen identificarla como un delito autónomo en los términos del nuevo tratado internacional.

Según lo expuesto, la figura de la trata de personas equivaldría a la prostitución ejercida a través de intermediarios – quedando en teoría excluida fuera del tipo punible la prostitución voluntaria y por cuenta propia –, restando por lo tanto determinar, para identificar el delito, cuándo se consideraría que se estaba ante la presencia de un intermediario.

Ya fue indicado que del extracto del título del tratado “la explotación de la prostitución de otros” se infiere sin arduas elucubraciones la intención de suprimir el proxenetismo. Sobre esto, se ha visto que la idea tendría un substrato más profundo y que se haría distinción entre quienes concertaran la prostitución y entre quienes propiamente explotaran la prostitución de una persona. Sin embargo, esto no acabaría el listado de los posibles intermediarios. Las pretensiones abolicionistas de este primer tratado de la era de las Naciones Unidas irían mucho más allá, castigándose en su articulado una amplia gama de conductas que envolvería a una variedad de personas que pasarían a ser consideradas como intermediarias de la prostitución. Aquí se incluiría, además, a quienes dirigieran o financiaran, con conocimiento, un burdel o a quienes alquilaran o proporcionaran, con conocimiento, un lugar donde otros pudieran ejercer la prostitución.<sup>98</sup>

Con esto se muestra cómo la Convención de 1949 se sumerge en profundidad en el debate sobre la prostitución y toma postura situándose abiertamente en pro de las posiciones abolicionistas y en detrimento de las regulacionistas. En efecto, en virtud de este tratado, en los dominios de sus Estados Parte se castigaría de manera amplia a quien fuera intermediario en la actividad de la prostitución. De esta manera allí, incluso

---

<sup>98</sup> En el tenor original del Artículo 2 de la Convención de 1949: “The Parties to the present Convention further agree to punish any person who:

(1) Keeps or **manages**, or knowingly **finances** or takes part in the financing of a brothel;

(2) **Knowingly lets or rents a building** or other place or any part thereof for the purpose of the prostitution of others” (Resaltado añadido).

quienes, por ejemplo, regentaran burdeles con licencia para ello serían imputables por un delito de trata de personas bajo sus auspicios, en forma que este posicionamiento se enfrentaría a la realidad de los países regulacionistas donde aquella sería, sin embargo, una actividad permitida. Es buena muestra de que, en la pugna con el regulacionismo, las posiciones se habrían decantado hacia el abolicionismo el hecho de que se estableciera un mandato dentro del Convenio de 1949 – su Artículo 6 – dirigido a que en los Estados Parte se suprimiera cualquier tipo de ley, de reglamento o de disposición administrativa que regulase la inscripción en registros especiales de quienes se dedicaban a la prostitución, o de la obligación de que poseyeran un documento especial o de que debieran cumplir algún requisito específico para su vigilancia o notificación.

Finalmente es preciso apuntar que, siguiendo la pauta, tal y como ocurriría en el caso de sus predecesores, no se prevería un órgano de monitorización de origen convencional que velase por el efectivo cumplimiento de sus disposiciones por parte de sus miembros. A lo sumo se establecía que los propios Estados Parte se supervisarán a sí mismos comunicando al Secretario General de las Naciones Unidas los avances logrados en la implementación de la Convención.<sup>99</sup> Acorde con la visión de la trata como delito, tampoco se incluiría una perspectiva de derechos humanos. Al igual que habría ocurrido en los instrumentos previos que este tratado fusionaba, la Convención de 1949 se encargaría de prever medidas de tipo legal, administrativo y jurisdiccional. Así, *grosso modo*, versaba sobre el castigo de la tentativa, de los actos preparatorios y de la participación intencional; sobre cuestiones relativas a la reincidencia, al régimen de extradición de los inculcados o al de las comisiones rogatorias y de la jurisdicción competente en caso de necesitar resolver controversias entre los Estados. Asimismo, incluía la creación de un servicio que coordinase y centralizara los resultados de las investigaciones y recopilara información sobre la trata, coordinándose con sus homólogos en los demás países. También contenía la adopción de medidas de prevención en lugares de tránsito, inspección de agencias de empleo y repatriación de víctimas.<sup>100</sup>

Lo dicho, una fusión del contenido de corte penal de los tratados anteriores y ninguna perspectiva de derechos humanos. De hecho ni siquiera habría referencias a las víctimas de la prostitución más allá del establecimiento de un mandato para los Estados

---

<sup>99</sup> Artículo 21 de la Convención de 1949.

<sup>100</sup> Artículos 3, 4, 7, 8, 9, 10, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20, 22 de la Convención de 1949.



de rehabilitarlas – sin mayor precisión – o de determinar su identidad a efectos de establecer si correspondía su repatriación, en cuyo caso habría que establecer medidas para satisfacer las necesidades de las víctimas de trata internacional con fines de prostitución de manera provisional, cuando carecieran de recursos, y en exclusiva en la espera a ser devueltas a su país de origen.<sup>101</sup> Este discurso no sería más que una repetición del régimen concretado en el Acuerdo de 1904 donde, además de buscarse el establecimiento de medidas de control migratorio, se “revictimizaría” a las víctimas. Así, en la Convención de 1949, al igual que habría ocurrido en el primer Acuerdo de 1904, las víctimas correrían con los gastos de su propia repatriación traspasándose la obligación, ante la posible imposibilidad del reembolso, a su cónyuge, padres o tutores y, sólo en su defecto, al Estado en el que se encontrase y hasta la primera frontera, a partir de la cual la satisfacción del gasto recaería sobre el Estado de origen.<sup>102</sup>

### 3.2. La evolución de la conceptualización de la trata de personas en la era de las Naciones Unidas hasta la conclusión del Protocolo de Palermo

Concluida la Convención de 1949 el fervor suscitado por la lucha contra la trata de seres humanos entraría en letargo. Con el devenir del tiempo, transcurridas algo más de dos décadas, en el marco del foro de las Naciones Unidas saldrían a flote progresivamente nuevas y viejas inquietudes relacionadas con la trata de personas. Los debates sobre la cuestión se reactivarían y, aunque seguía imperando la concepción clásica de la trata, el término evolucionaba y pasaría a asociarse directamente a otras posibles manifestaciones de la misma.

De esta manera, por ejemplo, en 1972 en el foro que trataría de cuestiones sociales, de derechos humanos y humanitarias, en el seno del Consejo Económico y Social, se manifestaría la preocupación que producía la identificación de casos de trata laboral. Allí, se advertiría expresamente que la supresión de esta mala práctica requeriría que los Estados actuaran adoptando todo tipo de medidas para combatirla y prevenirla y que la, en aquel entonces, Comisión de Derechos Humanos – sustituida por el Consejo de Derechos Humanos en el 2006 – introdujera la cuestión en su agenda con vistas a continuar dando pasos hacia su supresión.<sup>103</sup> Éste no sería más que el detonante de la

---

<sup>101</sup> Artículos 16 y 18 de la Convención de 1949.

<sup>102</sup> Artículo 19 de la Convención de 1949.

<sup>103</sup> Vid U.N. ECOSOC, Resolution 1706 (LIII), 28 July 1972. *Exploitation of labour through illicit and clandestine trafficking*.

preocupación por la trata laboral en aquella sede – que por lo demás ya estaría recorriendo su propio camino desde la Organización Internacional del Trabajo (*vid ut infra* apdo. 3.2. Capítulo II) – que continuaría en relevo expandiéndose a finales del mismo año hacia la Asamblea General de las Naciones Unidas. En este foro representativo de todos los Estados Miembros de aquella organización internacional se mostraría la misma determinación hacia su supresión movilizand o diversos frentes a través de la recomendación a los Estados, a la Organización Internacional del Trabajo y a la Comisión de Derechos Humanos de priorizar el asunto.<sup>104</sup>

A pesar de que desde el discurso proveniente de las Naciones Unidas ahora también se incluían otras posibles finalidades de explotación para la trata, las muestras más abundantes de preocupación seguirían dándose sobre la que tradicionalmente venía siendo considerada su manifestación única o principal. Así, un mero vistazo a los acontecimientos de la época enseña que el resurgimiento de la inquietud sobre la trata en aquella organización internacional retomaría viejas terminologías.

En este sentido, por ejemplo, en diciembre de 1978 se ponía de relieve la preocupación por dar remate final al borrador de una emergente *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer* (CEDAW, en sus siglas en inglés)<sup>105</sup> que contendría un precepto, su Artículo 6, exclusivamente dedicado a crear una obligación sobre los futuros Estados Parte, consistente en adoptar todos los tipos de medidas requeridas para suprimir todas las formas de la trata de mujeres y la explotación de la prostitución de aquellas. La expresión del contenido de esta disposición muestra cuál era la conceptualización originaria de la trata a la que los Estados Parte tendrían la obligación de hacer frente, a saber, una trata que sólo recaería sobre mujeres y que, siguiendo el legado de la Convención de 1949, vendría en principio ligada a la prostitución. De esta manera, en coherencia con el consenso internacional vigente en el momento, el enunciado del nuevo precepto venía siendo

---

<sup>104</sup> Vid U.N. AGNU, Resolution 2920 (XXVII), *Exploitation of labour through illicit and clandestine trafficking*. 15 November 1972, (UN Doc. A/RES/2920(XXVII)).

<sup>105</sup> La Asamblea General de las Naciones Unidas consideraba el borrador de la CEDAW como un asunto de alta prioridad que debía ser terminado: “The General Assembly, (...) Recommends that **a working group be established (...) and be provided with adequate facilities to enable it to complete its task**, to consider the final provisions of the draft Convention and to reconsider the articles which have not yet been completed with a view to the adoption of the draft Convention at the thirty-fourth session. [The General Assembly d]ecides to include in the provisional agenda of its thirty-fourth session, **as a matter of high priority**, the item entitled ***Draft Convention on the Elimination of Discrimination against Women***” (Resaltado añadido) (U.N. AGNU, Resolution 33/177, *Draft Convention on the Elimination of Discrimination Against Women*. 20 December 1978, (UN Doc. A/RES/33/177)).

prácticamente idéntico al del título de la Convención de 1949, de forma que ambos expresaban la búsqueda de la represión de la trata y de la explotación de la prostitución.

Es de destacar que la posterior adopción de la CEDAW y su entrada en vigor<sup>106</sup> supondrían un cambio sin precedente con respecto a las épocas anteriores, entre otras cosas que se verán más adelante (*vid ut infra* Capítulo III), en cuanto a la forma en la que se entenderá la supresión de la trata. Ésta sería aquí por primera vez entendida a nivel universal bajo el prisma de un enfoque de derechos humanos puesto que la disposición que encerraría la obligación de su represión venía ahora contenida en uno de los tratados internacionales que conformarían la lista de instrumentos que, en el seno de las Naciones Unidas, buscarían específicamente la protección de los derechos humanos. Sería la primera introducción de la trata en un cuerpo de protección de los derechos humanos de carácter universal y, por tanto, la primera asociación, a tal nivel, entre ambas ideas.

A pesar de su introducción en este tratado, en el momento esto no se percibió como un gran avance. En concreto, Anne Gallagher ha argumentado que el interés que suscitaba la trata en este momento era menor basándose en que, justamente, en esta época las discusiones sobre la trata a nivel internacional se limitaban casi exclusivamente a los márgenes del, considerado relativamente poco destacado, sistema de los derechos humanos. El tema no resurgiría hasta la década de los 1990s.<sup>107</sup>

Efectivamente, tras años de silencio, el discurso se reaviva nuevamente en el principal órgano deliberativo de las Naciones Unidas, la Asamblea General. Las resoluciones allí emitidas muestran que la atención se centraba casi exclusivamente en la trata de mujeres y de niñas obrando en contrasentido con lo establecido, teóricamente, en la Convención en vigor de 1949. Aun así, éste era el discurso que se generalizaría en la comunidad internacional de forma que la trata cuyo combate se propugnaba en las diferentes conferencias de la época y que debía ser eficazmente reprimida recaía sobre mujeres y niños y vendría además, tomando el testigo introducido por la CEDAW, presentándose como una violación de derechos humanos que requeriría, por lo tanto,

---

<sup>106</sup> *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer*, adoptada y abierta a firma, ratificación y adhesión por la Resolución 34/180, (UN Doc. A/RES/34/180) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, entrada en vigor el 3 de septiembre de 1981, (UN Doc. A/RES/36/131).

<sup>107</sup> Anne T. Gallagher, *The International Law of Human Trafficking*. (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), 16.

que todas las medidas supresoras adoptasen un enfoque de derechos humanos.

De esta manera, por ejemplo, en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos que adoptaría la Declaración y Programa de Acción de Viena en el año 1993,<sup>108</sup> que pretendía promover y proteger los derechos humanos, se declararía expresamente que todas las formas de violencia basada en el sexo y la explotación, como la resultante de la trata, son incompatibles con la valía del ser humano por lo que debían ser eliminadas. A su vez, en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo celebrada en el Cairo en el año 1994<sup>109</sup> se recomendaba a los países, en cuanto a las acciones básicas para empoderar el estatus de la mujer, la adopción de todo tipo de medidas que eliminaran formas de explotación de las mujeres y niños prohibiendo prácticas degradantes para las personas como la trata y la explotación a través de la prostitución. De igual manera, en la Cumbre Mundial para el Desarrollo Social celebrada en Copenhague en el año 1995 en la que se adoptaría la Declaración y Programa de Acción sobre Desarrollo Social<sup>110</sup> se resaltaba, entre otros, que debían intensificarse y coordinarse los esfuerzos internacionales para proteger a las mujeres y a los niños contra la trata y que ésta presentaba una amenaza fundamental a las sociedades y al orden social por lo que se requería de acciones urgentes de los gobiernos, individual y conjuntamente, para combatirla. Asimismo, en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer que daría lugar a la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing en el año 1995<sup>111</sup> se alarmaba sobre la trata de mujeres y niñas como una forma de violencia contra la mujer basada en el género que pondría a estas víctimas en alto riesgo de traumatizarse física y mentalmente, por lo que se pedía la adopción de medidas preventivas para protegerlas y prestarles asistencia y se clamaba que su supresión eficaz era un asunto de preocupación internacional que requería la toma de determinadas acciones.

Las resoluciones que en el mismo año comenzarán a emitirse en el seno de las

---

<sup>108</sup> *World Conference on Human Rights*, Vienna Declaration and Programme of Action, 25 June 1993, (UN Doc. A/CONF.157/23), párr. 18 y 38.

<sup>109</sup> Report of the *International Conference on Population and Development*, Cairo, 5-13 September 1994, (UN Doc. A/CONF.171/13/Rev.1), Chapter IV “Gender equality, equity and empowerment of women”, párr. 4.9, p.24.

<sup>110</sup> Report of the *World Summit for Social Development*, Copenhagen, 6-12 March 1995, (UN Doc. A/CONF.166/9), Commitment 6 (y), p. 18; párr. 39 letra (e) p. 51; párr. 63 letra (d) p. 69; párr. 69 p.65; párr. 70 p. 66.

<sup>111</sup> Report of the *Fourth World Conference on Women*, Beijing, 4-15 September 1995, (UN Doc. A/CONF.177/Rev.1), párr. 99, párr. 107 letra (q); párr. 113 letra (b), párr. 122, párr. 130.

Naciones Unidas contendrían muchos de los aspectos de aquellas conferencias y habrán ido dando contenido y contextualización a la trata. Las primeras de ellas se centrarán en su práctica totalidad sobre la trata de mujeres y de niñas. Es destacable que en la introducción de alguno de los contenidos se hace sentir el calado de la idea de la asociación entre la trata y los derechos humanos introducida a través de la vigencia de la CEDAW y retomada y nutrida de un mayor contenido en las conferencias internacionales que habían venido teniendo lugar.

Sin propósito de exhaustividad y con la mera intención de mostrar el progreso en la reactivación de la lucha contra esta materia, por ejemplo, en el año 1995, una primera resolución que se refería en principio casi exclusivamente a la trata de mujeres y niñas – en una breve referencia reconocía que la trata también victimizaba a chicos jóvenes –, alertaba que la trata era una preocupación que iba empeorando, lo cual requeriría reactivar la atención sobre el tema por lo que se llamaba a los gobiernos a adoptar medidas para su supresión y para la protección de las víctimas.<sup>112</sup>

Un año más tarde, una segunda resolución,<sup>113</sup> que de igual manera referenciaría en su título exclusivamente a la trata de mujeres y niñas, introduciría nuevos aspectos a tener en cuenta para suprimir a la trata que tendrían origen en las acciones enunciadas previamente en la Conferencia de Beijing.<sup>114</sup> Así, se incluía la llamada a los gobiernos de fijarse en aquellas causas fundamentales – *root factors* o *root causes* – que fomentaban la aparición de los casos de la trata de mujeres y niñas en la prostitución o, igualmente, en las que generarían otras finalidades a las que podía dirigirse la explotación, tales como formas de sexo comercializado, matrimonios forzados o trabajo forzoso. Asimismo, se invitaba a los gobiernos a crear medidas de prevención de la trata a través de campañas de información y a través de la educación.

Con el transcurso de otro año, una tercera resolución<sup>115</sup>, nuevamente dirigiendo su título a las mujeres y niñas, llamaría a los gobiernos, entre otras cosas, a implementar las acciones acordadas en la Conferencia de Beijing.<sup>116</sup> Sumándose a lo dicho, esto

---

<sup>112</sup> U.N. AGNU. Resolution 49/166, *Traffic in women and girls*. 24 February 1995, (UN Doc. A/RES/49/166).

<sup>113</sup> U.N. AGNU. Resolution 50/167, *Traffic in women and girls*. 16 February 1996, (UN Doc. A/RES/50/167).

<sup>114</sup> Conferencia de Beijing, párr. 130.

<sup>115</sup> U.N. AGNU. Resolution 51/66, *Traffic in women and girls*. 31 January 1997, (UN Doc. A/RES/51/66).

<sup>116</sup> Conferencia de Beijing, párr. 130.

supondría nutrir sus programas de medidas destinadas específicamente a la rehabilitación de las víctimas en la sociedad a través de formación profesional, asistencia legal, cuidado de su salud médica y psicológica. También implicaba ratificar las convenciones internacionales pertinentes; o promover la cooperación policial para dismantelar las redes nacionales, regionales e internacionales; o adoptar medidas para prevenir el turismo sexual; o formular manuales dirigidos a sensibilizar a quienes mantuvieran en custodia a las víctimas de las especiales necesidades de aquellas. Siempre respetando la misma separación temporal y la misma nomenclatura, cada nuevo año traería una nueva resolución.<sup>117</sup> Las bases se reproducían pero se irían incluyendo nuevas recomendaciones, entre muchas otras, la encomienda de crear sistemas de recolección de datos para determinar la extensión y naturaleza del problema, o la sugerencia a los proveedores de internet de adoptar medidas de autorregulación promoviendo el uso responsable con vistas a eliminar la trata.

Es interesante llamar la atención sobre el hecho de que las primeras resoluciones posteriores al año 2000 – año en el que, cómo se verá a continuación, llegará a la comunidad internacional una nueva definición de trata que expresamente abarca otras finalidades de explotación y otros sujetos susceptibles de ser explotados – continuarían haciendo exclusiva referencia a las mujeres y las niñas.<sup>118</sup> No será hasta después de la entrada en vigor del *Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños* (el Protocolo de Palermo) de las Naciones Unidas, a finales del año 2003, que surgirán resoluciones reflejando un nuevo cariz. Por primera vez, en ese año, aquellas mostrarían los nuevos avances introducidos en la comunidad internacional al pronunciarse sobre el fortalecimiento de la cooperación internacional para prevenir y combatir la trata y proteger a sus víctimas.<sup>119</sup> Este vínculo entre prevenir, combatir y proteger, sería el inicio de la futura consagración de una nueva visión en el afrontamiento de la trata. Esto es, comenzaría a despuntar la idea de que la trata podía llegar a entenderse conjuntamente como un delito y como una violación de derechos humanos. Sin embargo, aunque esto adelanta acontecimientos,

---

<sup>117</sup> U.N. AGNU. Resolution 52/98, *Traffic in women and girls*. 6 February 1998, (UN Doc. A/RES/52/98); U.N. AGNU. Resolution 53/116, *Traffic in women and girls*. 1 February 1999, (UN Doc. A/RES/53/116).

<sup>118</sup> U.N. AGNU. Resolution 55/67, *Traffic in women and girls*. 31 January 2001, (UN Doc. A/RES/55/67); o U.N. AGNU. Resolution 57/176, *Trafficking in women and girls*. 30 January 2003, (UN Doc. A/RES/57/176), en la que es de destacar el cambio de terminología de *traffic* a *trafficking*.

<sup>119</sup> U.N. AGNU. Resolution 58/137, *Strengthening international cooperation in preventing and combating trafficking in persons and protecting victims of such trafficking*. 22 December 2003, (UN Doc. A/RES/58/137).

ocurriría que el Protocolo de Palermo fallaría en asentar firmemente una perspectiva de derechos humanos. En todo caso, las novedades que se producían en el orden internacional traerían que las posteriores resoluciones de la Asamblea General abordaran nuevos aspectos que acababan de ser introducidos, como la trata de personas con el fin de extraer sus órganos,<sup>120</sup> y la cuestión, ahora central, de la coordinación de los esfuerzos enfocados a su represión.<sup>121</sup> Todo esto, sin embargo, no obstaría para que siguieran dictándose numerosas resoluciones incidiendo en los casos de trata de mujeres y niñas,<sup>122</sup> lo cual es, tal y como se verá más adelante, en todo caso deseable (*vid ut infra* apdo. 3.3. Capítulo III).

### 3.3. La llegada del consenso internacional. El Protocolo de Palermo

La llegada del *Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional – Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime* – del año 2000, también conocido como “Protocolo de Palermo” o “Protocolo contra la Trata”, y que entraría en vigor el 25 de diciembre del 2003, supondrá la cohesión del consenso de la comunidad internacional en cuanto a qué debía entenderse por trata de seres humanos.

Al iniciarse las negociaciones de este nuevo tratado internacional el panorama de la cuestión consistía en que, siguiendo los mandatos de la Convención de 1949, cuando se encontraban concernidos los dominios de la trata se estaba hablando de castigar de manera amplia a los intermediarios en la prostitución. Y, si bien a lo largo del siglo anterior se habrían hecho grandes esfuerzos para lograr delimitar y consensuar todos los

---

<sup>120</sup> U.N. AGNU. Resolution 59/156, *Preventing and punishing trafficking in human organs*. 20 December 2004, (UN Doc. A/RES/59/156).

<sup>121</sup> Se han adoptado diferentes resoluciones en este sentido todas ellas de la Asamblea General de las Naciones Unidas y bajo la rúbrica: *Improving the coordination of efforts against trafficking in persons*, el 20 de diciembre de 2006, (UN Doc. A/RES/61/180); el 18 de diciembre de 2008, (UN Doc. A/RES/63/194); el 18 de diciembre de 2009, (UN Doc. A/RES/64/178); el 20 de diciembre de 2012, (UN Doc. A/RES/67/190); el 18 de diciembre de 2013, (UN Doc. A/RES/68/192); el 17 de diciembre de 2015, (UN Doc. A/RES/70/179).

<sup>122</sup> Así, son resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas pronunciándose específicamente sobre *Trafficking in women and girls*, las resoluciones del 20 de diciembre de 2004, (UN Doc. A/RES/59/166); del 19 de diciembre de 2006, (UN Doc. A/RES/61/144); del 18 de diciembre de 2008, (UN Doc. A/RES/63/156); del 21 de diciembre de 2010, (UN Doc. A/RES/65/190); del 20 de diciembre de 2012, (UN Doc. A/RES/67/145); del 18 de diciembre de 2014, (UN Doc. A/RES/69/149).

elementos de la trata, en aquel último tratado no se presentaba una definición satisfactoria de ésta. Precisamente, en tiempos coetáneos a la negociación del nuevo instrumento, la Sra. Radhika Coomaraswamy, *Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias*, señalaba la necesidad de establecer una definición clara de la trata en el derecho internacional. Esta urgencia se fundamentaría, por un lado, en que el término *trata* venía siendo utilizado erróneamente por diferentes actores para describir una gama de actividades que no constituían necesariamente manifestaciones de aquélla – confundiéndosela, por ejemplo, con el tráfico de personas (*vid ut infra* apdo. 3.3.3. Capítulo I) – y, por el otro lado, en la obsolescencia de su caracterización histórica que no respondería a las nuevas realidades sobre los abusos que le eran inherentes.<sup>123</sup>

La nueva definición irrumpirá en el año 2000 con la conclusión del nuevo acuerdo. Su llegada supondrá la toma de un rumbo novedoso en la represión de la trata y, en muchos aspectos, sin precedente. Como resultado de los avances que acababan de ser introducidos, en esta nueva etapa se darían los primeros pasos para entender a la trata de personas simultáneamente como un delito y como una violación de derechos humanos, y se la dibujará como una figura definida y autónoma del debate de la prostitución. Como corolario de esta autonomía se verá que, incluso, *la explotación de la prostitución de otros* pasará a ser una de las posibles finalidades de explotación a las que la trata es susceptible de dirigirse, quedando como una más entre otras no enumeradas como *numerus clausus*.

### 3.3.1. La evolución de la configuración de la trata de personas durante las negociaciones del Protocolo de Palermo

A pesar de la andadura recorrida por la comunidad internacional durante el siglo XX, iniciada en los tiempos de aquellas primeras conferencias internacionales para suprimir la trata, no todo estaba dicho en el momento de las negociaciones del Protocolo de Palermo. Ciertamente, al trabajo allí realizado se debe la estructura de la trata de seres humanos tal y como es ahora concebida. Diferentes cuestiones que, en cuanto a su presente configuración, damos en la actualidad por sentadas no fueron asumidas como

---

<sup>123</sup> U.N. ECOSOC. Commission on Human Rights. Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Ms. Radhika Coomaraswamy, *Integration of the human rights of women and the gender perspective. Violence against women*. 29 February 2000, (UN Doc. E/CN.4/2000/68), p. 4 y párr. 10.



ciertas hasta bien avanzadas las negociaciones de los *travaux préparatoires* de este último tratado internacional que irrumpiría en la escena internacional como el primer instrumento que, por lo menos en apariencia, parecía abordar todos los aspectos del combate de la trata de seres humanos.

Como se verá, inicialmente reinaba una suerte de irresolución sobre cuál era el contenido mismo de la trata. Esto no es particularmente sorprendente visto los vaivenes de las distintas configuraciones de las que había sido objeto en los diferentes tratados internacionales que la habían abordado. Cuestiones como la indeterminación de los posibles sujetos pasivos afectados o, nuevamente, del carácter internacional o nacional del delito a punir, estaban aún en el centro de los asuntos a resolver, pareciendo generar, en principio, un retroceso en cuanto a lo ya avanzado en debates anteriores. Así, se recordará que en la Conferencia de 1902 y, posteriormente, en la Convención de 1910, se había determinado que la trata debía tipificarse tanto cuando tuviera carácter nacional como internacional. Asimismo, en la Convención de 1949 se reconocía que una pluralidad de sujetos pasivos podían ser víctimas de la trata, por lo menos desde una perspectiva formal. Sin embargo, éstas cuestiones estarían sólo resueltas en la teoría.

#### 3.3.1.1. La trata de mujeres y niños vs. la trata de personas

##### 3.3.1.1.1. La trata de mujeres y niños vs. la trata de personas en el texto del Protocolo de Palermo

Introducidas las anteriores precisiones, es lo suyo adentrarse en el camino que daría nacimiento al Protocolo de Palermo. Éste se desarrollaría en las negociaciones de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus tres Protocolos Suplementarios, que correrían de la mano de un comité de carácter intergubernamental, el *Comité Ad Hoc para la Elaboración de una Convención sobre la Delincuencia Transnacional Organizada*.

El camino a recorrer tendría su origen en el seno de aquel Comité *Ad Hoc* en los años previos al inicio de las negociaciones de la futura Convención contra la Delincuencia Organizada. En aquellos primeros años se llevarían a cabo numerosas iniciativas que darían lugar a un trabajo preparatorio que serviría, a su vez, de base a la labor que a éste le correspondería realizar. En aquel histórico previo, se puede observar cómo, meses antes de iniciarse las negociaciones del nuevo tratado internacional,

estando aún en el año 1998, Argentina proponía la conveniencia de redactar otra nueva convención que se dirigiera específicamente a combatir la trata de menores puesto que consideraba que la gran presencia del crimen organizado en esta actividad requeriría de una particular atención. Sobre esta propuesta, se resolvería que el instrumento internacional adicional que habría de redactarse debía dirigirse, entre otras materias, tanto a la trata de mujeres como a la de niños. A fin de suministrar contenido a esta decisión, los gobiernos de los Estados Unidos de América y de Argentina anunciarían su intención de elaborar el borrador de un instrumento legal internacional.<sup>124</sup>

Esta propuesta fructificaría, perdurando en cuanto a su forma hasta la primera sesión de las negociaciones, transcurrida entre el 19 y el 29 de enero de 1999. Allí, en lo tocante a la elaboración del futuro Protocolo de Palermo tanto Argentina como, de manera separada, los Estados Unidos presentarían borradores de un protocolo suplementario a la Convención sobre el Crimen Organizado Transnacional que, según mandaba su título, se dirigía a combatir la trata internacional de mujeres y niños. Sin embargo, el contenido de ambas proposiciones variaba en su enfoque. Argentina, fiel a su proposición inicial, planteaba la conclusión de un protocolo que combatiera exclusivamente la trata internacional de mujeres y niños, si bien dirigida a cualquier propósito, al considerar que ambas categorías de personas eran particularmente vulnerables, además de motivo de preocupación universal.<sup>125</sup> Por su parte, Estados Unidos, a pesar de conservar el enfoque inicial en la denominación de su propuesta, se desviaría de ella en la dotación de su contenido al proponer un borrador de instrumento que se dirigiría a combatir la trata de personas en general y no aquella dirigida a mujeres y niños de forma exclusiva, defendiendo, en todo caso y al igual que la anterior proposición, que éstos estarían expuestos a una especial vulnerabilidad.<sup>126</sup>

---

<sup>124</sup> Vid U.N. UNODC. *Travaux préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*. New York, 2006: pp. xxiv-xxvi (En adelante: *Travaux préparatoires del Protocolo de Palermo*). [https://www.unodc.org/pdf/ctoccop\\_2006/04-60074\\_ebook-e.pdf](https://www.unodc.org/pdf/ctoccop_2006/04-60074_ebook-e.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].

<sup>125</sup> Vid U.N. AGNU. *Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime. Draft elements for an agreement on the prevention, suppression and punishment of international trafficking in women and children, supplementary to the Convention against Transnational Organized Crime: submitted by Argentina*. First session, Vienna, 19-29 January 1999, (UN Doc. A/AC.254/8).

<sup>126</sup> Vid U.N. AGNU. *Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime. Draft Protocol to Combat International Trafficking in Women and Children Supplementary to the United Nations Convention on Transnational Organized Crime. Proposal Submitted by the United States of America*. First session, Vienna, 19-29 January 1999, (UN Doc. A/AC.254/4/Add.3).

La ambivalencia del borrador revisado que sería presentado conjuntamente por ambos países durante la segunda sesión – desarrollada entre el 8 y el 12 de marzo del mismo año – da muestra de estas dos posiciones opuestas. Esta dicotomía terminaría por resolverse a favor de la visión de Estados Unidos cuando la gran mayoría de los países expresó su preferencia en dirigirse al tipo más inclusivo de la trata de seres humanos, dedicando una especial atención a la protección de mujeres y niños. Son llamativos tanto el activismo de Estados Unidos en impulsar el inicio de la negociación de este instrumento internacional como su, aún más involucrada, posterior proposición de contenido. Esta postura sería sin duda un cambio en relación al posicionamiento que, sin excepción, había adoptado en el pasado consistente en mantenerse ajeno a la conclusión de todos los acuerdos internacionales que habían venido siendo consensuados en la comunidad internacional en pro de la erradicación de la trata. Esta reticencia se remonta a los inicios de la lucha internacional por la eliminación del delito, no pudiéndosele alabar una implicación en los esfuerzos de cooperación para su supresión que fuera más allá de su participación en aquel primer Congreso Internacional de 1899.

Tras aquel desenlace en la determinación de los sujetos pasivos, se podría afirmar que el debate estaría cerrado *de jure*. Se habría seguido y reafirmado la estela dejada por la Convención de 1949 donde, con vistas a patentizar que se incluía a todo tipo de individuos entre las víctimas, se había pasado a utilizar el vocablo más extenso de *personas* eliminando las referencias exclusivas a las mujeres y a los niños como únicas víctimas potenciales del delito. De esta manera, en la configuración contemporánea de la trata, el consenso internacional consagraría una definición neutral en cuanto al género, resultando que, en derecho, la identificación de un caso de trata dependerá de la concurrencia de sus elementos constitutivos con independencia de quien fuera la víctima. Sin embargo, cabe plantearse si se puede defender la terminación de aquella controversia *de facto*.

#### 3.3.1.1.2. La postura *de jure* vs. la postura *de facto*

La pugna entre las posiciones inicialmente divergentes mantenidas entre Argentina y Estados Unidos, de alguna manera, sigue vigente hasta hoy. Su reflejo es la tensión, aún en la actualidad, entre dos colosos. De un lado, se observa sobre el terreno el problema de la invisibilidad generalizada de los hombres víctimas de trata. Así, por ejemplo, Rebecca Surtees o Lucy Leon y Phil Raws destacan que esto pasaría de forma

particularmente alarmante, cuando la trata tiene por finalidad determinados tipos de explotación, como la explotación sexual.<sup>127</sup> Del otro lado, ocurre que una perspectiva de la trata de personas se identifica como violencia contra la mujer basada en el sexo o género<sup>128</sup> y que, en la vehemencia puesta en los esfuerzos para combatirla y darle visibilidad, muchas veces ha ganado peso una creencia generalizada de que la trata de seres humanos es exclusivamente – o casi en exclusiva – trata de mujeres y, principalmente, dirigida a fines de explotación sexual. Esto debe ser explicado con más profundidad.

Aunque más adelante se expondrán algunas implicaciones en el derecho internacional de los derechos humanos derivadas del hecho de que la trata sea considerada como una forma de violencia contra la mujer (*vid ut infra* apdo. 3 Capítulo III), ahora deben adelantarse algunos conceptos con vistas a exponer lo que se tiene entre manos. Tanto antes de la conclusión del Protocolo de Palermo como tras ella, se reconoce a la trata como una forma de violencia contra la mujer basada en el género.<sup>129</sup> Esto significa que hay determinadas manifestaciones de la trata que constituyen un modo de violencia dirigida hacia la mujer por el hecho de ser mujer o que, por ello, les afecta desproporcionadamente.<sup>130</sup> Específicamente se declara que la trata de mujeres

---

<sup>127</sup> Rebecca Surtees. *Trafficking of men- a trend less considered. The case of Belarus and Ukraine*. Migration Research Series No. 36 (Geneva: IOM, 2008), 56, [http://publications.iom.int/system/files/pdf/mrs\\_36.pdf](http://publications.iom.int/system/files/pdf/mrs_36.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017]; Lucy Leon and Phil Raws. *Boys Don't Cry. Improving identification and disclosure of sexual exploitation among boys and young men trafficked to the UK*. (UK: The Children's Society, March 2016), 9. <http://www.childrensociety.org.uk/sites/default/files/boys-and-trafficking-report-lowres-pcr059.pdf> [Consultado el 20 de julio de 2017].

<sup>128</sup> Debido a que, a veces, se utilizarán indistintamente los términos género y sexo cabe aclarar, como muy acertadamente ha puntualizado Eva Díez Peralta, que esto no insta para que se entienda que su significado en el pensamiento feminista difiere, llegando, incluso, a ser antagónico. Sobre esto, la autora presenta diferentes posturas que muestran cómo las posiciones varían pudiéndose encontrar, por un lado, quien afirma que el concepto de género trae a la noción de sexo una serie de atributos psicológicos, roles y estatus sociales asignados a cada categoría de sexo, y, por otro lado, quien estima que el sexo es en sí mismo una construcción cultural y social y que siempre ha sido género (Eva Díez Peralta, “Los derechos de la mujer en el derecho internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional* vol. LXIII, 2 (Madrid, julio-diciembre 2011), pp. 87 y 88, pie de página 1).

<sup>129</sup> Son diversas las fuentes en las que encontrar declaraciones afirmando que la trata es un tipo de violencia contra la mujer basada en el género. Así, este reconocimiento antecede en origen a la conclusión del Protocolo de Palermo, e.g., en la Declaración y Programa de Acción de Viena (Report of the Secretary-General, *Report of the World Conference on Human Rights*. Vienna, 13 October 1993, (UN Doc. A/CONF.157/24), p. 25, párr. 18); en la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing (*Report of the Fourth World Conference on Women*. 1995 (UN Doc. A/CONF.177/20/Rev.1), párr. 99); y se mantiene consolidado tras su conclusión, *vid e.g.*, el Informe sobre el “Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer” (U.N. AGNU. Report of the Secretary-General. *In-depth study on all forms of violence against women*. 6 July 2006, (UN Doc. A/61/122/Add.1), párr. 135).

<sup>130</sup> U.N. Comité CEDAW. Recomendación General No. 19, *La violencia contra la mujer*, 11º período de sesiones, 1992. En *International Human Rights Volume II Compilation of General Comments and*

dirigida a la explotación sexual, aunque no exclusivamente,<sup>131</sup> es un tipo de violencia contra la mujer basada en el género y que, como tal, es incompatible con el disfrute igualitario de los derechos por parte de las mujeres, así como con el respeto a sus derechos y a su dignidad, todo lo cual conlleva que la violencia contra la mujer sea una forma de discriminación.<sup>132</sup> Este tipo de violencia vendría dada como manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres que han llevado a la dominación y a la discriminación de la mujer por parte del hombre.<sup>133</sup> Como consecuencia, en ninguna sociedad las mujeres se encontrarían bajo las mismas condiciones de seguridad o de trato que los hombres.<sup>134</sup> Sabiéndose que esto es así, y que el origen de ciertos tipos de trata posee un marcado factor de género, el combate de la trata, para ser eficaz, deberá en todo caso combatir de forma específica su perspectiva de género. La cuestión que se encuentra en la base de la controversia que aquí se plantea no tiene tanto que ver con esta realidad – la cual indudablemente es así – sino con la lectura y publicidad que en algunos foros se da a *las cifras*. En esto, la idea de partida es que los números reales sobre la trata se desconocen. Esta conclusión es mantenida por la doctrina, por quienes estudian las cifras (*vid infra* p. 63 y apdo. 3.2.1.2.2. Capítulo III) y por otros involucrados en promover la lucha contra su enfoque como forma de violencia contra la mujer.<sup>135</sup> Sin embargo, el mensaje habitual es que, es porque el mayor número de víctimas identificadas es de género femenino, que entonces éste sería un fenómeno determinado por el género.<sup>136</sup>

---

*General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies* (UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II)), párr. 6.

<sup>131</sup> Por ejemplo, un estudio sobre la dimensión de género en la trata de seres humanos ha señalado que hay numerosas manifestaciones de la trata con una fuerte dimensión de género destacando a la trata con fines de explotación sexual, o de trabajo doméstico o de matrimonio forzado (Sylvia Walby *et al.* *Study on the gender dimension of trafficking in Human Beings – Final Report*. (Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016), 181. [http://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/study\\_on\\_the\\_gender\\_dimension\\_of\\_trafficking\\_in\\_human\\_beings\\_final\\_report.pdf](http://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/study_on_the_gender_dimension_of_trafficking_in_human_beings_final_report.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017]).

<sup>132</sup> U.N. Comité CEDAW. Recomendación General No. 19, *La violencia contra la mujer*, (UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II)), párr. 1 y 14.

<sup>133</sup> U.N. AGNU. Resolución 48/104, *Declaration on the Elimination of Violence against Women*. Forty-eighth session, 23 February 1994, (UN Doc. A/RES/48/104), p. 2.

<sup>134</sup> U.N. UNDP. *Human Development Report*. (New York-Oxford: Oxford University Press, 1994), 31. [http://hdr.undp.org/sites/default/files/reports/255/hdr1994\\_en\\_complete\\_nostats.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/reports/255/hdr1994_en_complete_nostats.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].

<sup>135</sup> U.N. AGNU. Report of the Secretary-General. *In-depth study on all forms of violence...*, (UN Doc. A/61/122/Add.1), párr. 222, 229-232.

<sup>136</sup> Por ejemplo, en febrero del 2016 la Europol publicó un informe sobre la situación de la trata de seres humanos en Europa en el que afirma que la trata con fines de explotación sexual es la forma de trata más identificada en la Unión Europea. El mayor número de víctimas detectadas sería de sexo femenino por lo que concluye afirmando que este es un fenómeno determinado por el género (E.U. EUROPOL. *Situation*

La vehemencia en este argumento trae consecuencias sobre las otras víctimas de la trata. Frente a este planteamiento la realidad de la trata de hombres quedaría, en una mayor medida, “invisibilizada”. Rebecca Surtees y Ruth Rosenberg han alarmado, haciendo referencia específica a la trata con víctimas masculinas, sobre la escasa consideración de este perfil en las investigaciones a pesar de las patentes señales de que muchos hombres se enfrentan a esta vulneración de derechos humanos.<sup>137</sup> Junto a aquellas autoras, Lucy Leon y Phil Raws también alertan sobre la tendencia a “invisibilizar” este fenómeno y centran sus esfuerzos en la redacción de informes que reflejen la existencia de flujos de trata masculinos.<sup>138</sup> En ellos, la alerta se focaliza en las consecuencias de la invisibilidad de este tipo concreto de víctimas la cual se materializa, por ejemplo, en la falta de asistencia adaptada a las especificidades del perfil de las víctimas masculinas,<sup>139</sup> o en la escasez de datos y de consideración de esta tendencia, lo que termina por traducirse en una mayor inacción en términos de prevención del delito, protección de las víctimas y de persecución de los criminales.<sup>140</sup>

Al decir que la vehemencia en argumentar que la trata afecta fundamentalmente a mujeres trae consecuencias sobre las otras víctimas, se estaría trayendo la idea de que los elementos constitutivos de la trata se perciben de diferente manera según el sexo de la víctima. Así, Surtees y Rosenberg denuncian que, en situaciones equivalentes de explotación que ascienden a trata de seres humanos, es más probable que la identificación de potenciales víctimas femeninas sea favorable a que ocurra lo propio

---

*Report. Trafficking in human beings in the EU.* (The Hague, February 2016, Document Ref No: 765175), 20. <https://www.europol.europa.eu/content/trafficking-human-beings-eu> [Consultado el 20 de julio de 2017]).

<sup>137</sup> Surtees, *Trafficking of men- a trend less considered*, 8; Ruth Rosenberg. “Trafficking of adult men in the Europe and Eurasia Region. Final Report”. *The Social Transition Series* (USAID, July 2010), v. [http://pdf.usaid.gov/pdf\\_Docs/Pnadw368.pdf](http://pdf.usaid.gov/pdf_Docs/Pnadw368.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].

<sup>138</sup> Se identifican flujos de trata de hombres, tanto con origen y con destino en Europa como fuera de ella, destinados a ser explotados en una multiplicidad de finalidades destacando, principalmente, el trabajo forzoso en la industria de la construcción, en la agricultura, en trabajos en fábrica y en la pesca, en mendicidad, delinquiendo y en la explotación sexual. (Surtees, *Trafficking of men- a trend less considered*, 10; Rosenberg, “Trafficking of adult men in the Europe...”, vi; Leon and Raws, *Boys Don’t Cry*; Rebecca Surtees. *In African waters. The trafficking of Cambodian fishers in South Africa*. (Geneva-Washington: International Organization for Migration, Nexus Institute, 2014). [http://publications.iom.int/system/files/pdf/nexus\\_africanwaters\\_web.pdf](http://publications.iom.int/system/files/pdf/nexus_africanwaters_web.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017]).

<sup>139</sup> Surtees, *In African waters*, 31.

<sup>140</sup> Surtees, *Trafficking of men- a trend less considered*, 11, 12; Rosenberg, “Trafficking of adult men in the Europe...”, viii.

ante potenciales víctimas masculinas aunque ambas vengan enfrentadas a las mismas violaciones y abusos lo cual vendría originado por prejuicios sobre el género.<sup>141</sup>

Esto supone que la manera de afrontar la trata de seres humanos, en la práctica, estaría generando una relación causal por la cual la mayor concentración en combatir la trata de mujeres opacaría la visibilidad de las víctimas masculinas. Tal consecuencia ocurriría porque se expandiría un entendimiento de la trata como trata de mujeres y, mayormente, dirigida a la explotación sexual, por lo que se tendería a concentrar los esfuerzos en la lucha de esta tipología concreta. El efecto colateral sería que a través de esta visión estrecha, el abordaje de la trata carecería de la amplitud requerida para detectar a otros tipos de potenciales víctimas. En este sentido, los estudios alertan de que los procesos de detección de víctimas potenciales se concentran en los “tipos conocidos”, generándose que los mayores esfuerzos vayan dirigidos a la identificación de casos de trata que tienen por víctimas a mujeres explotadas sexualmente y a niños en prostitución y mendicidad, reforzando la idea de que las víctimas son mujeres y niños.<sup>142</sup> En este mismo orden de cosas, se revela la existencia de casos en los que las autoridades incluso desconocían que los hombres también podían ser víctimas de trata.<sup>143</sup>

Este desnivel en la identificación de las víctimas potenciales apoyaría el argumento de la imposibilidad de hablar de cifras concluyentes. Justamente en este sentido, Kristiina Kangaspunta ha puesto de relieve la dificultad de medir el número de personas tratadas debido a que las víctimas asistidas representan tan sólo una porción de la cifra total de víctimas y que, en todo caso, es algo común en la cuestión de la recolección de datos sobre cuestiones criminales que no sea posible hablar de cifras.<sup>144</sup> Apuntando en esta misma dirección, Amy Farrell, Jack McDevitt y Stephanie Fahy han resaltado que debido a la clandestinidad del fenómeno de la trata de personas es particularmente

---

<sup>141</sup> Surtees, *Trafficking of men- a trend less considered*, 13; Rosenberg, “Trafficking of adult men in the Europe...”, v y 6.

<sup>142</sup> Rosenberg, “Trafficking of adult men in the Europe...”, 6.

<sup>143</sup> Surtees, *Trafficking of men- a trend less considered*, 19; Rosenberg, “Trafficking of adult men in the Europe...”, v.

<sup>144</sup> Kristiina Kangaspunta, “Measuring the Immeasurable: Can the severity of human trafficking be ranked?” *Criminology & Public Policy* 9, Issue 2 (2010): 257, 260 y 262.

difícil su medición.<sup>145</sup> Así las cosas, en la práctica predomina una visión sesgada del fenómeno.

Esta realidad *de hecho* por la que se extirpa a las víctimas masculinas del contorno perceptible de la trata dejándoselas, en una gran medida, “invisibilizadas”, se revela como una extensión de aquel debate inicial mantenido entre Argentina y Estados Unidos durante las negociaciones del Protocolo de Palermo. En aquel intercambio de pareceres se cuestionaba en un primer momento que los hombres pudieran ser víctimas de trata de seres humanos para, sólo posteriormente, admitir la evolución de la idea incluyendo esta posibilidad. Según se ha visto, en la práctica el paso a este segundo estadio no habría concluido. Las diferencias imperantes en aquellos debates iniciales se revelarían aún como no superadas y, al contrario de lo que cabría presuponer, la comprensión de la trata no se habría asimilado plenamente, pudiendo identificarse prácticas de los Estados que no guardan sintonía con el propio consenso internacional del que forman parte.

Tomando como ejemplo el caso español, su ordenamiento jurídico nacional consagra la prohibición de la trata de seres humanos siguiendo la estela marcada por el Protocolo de Palermo.<sup>146</sup> Por lo tanto, *de jure* penaliza la conducta con independencia del sexo de la víctima incluyendo, asimismo, multiplicidad de finalidades de explotación. Sin embargo, contrariamente a lo que parecería la progresión lógica de la

---

<sup>145</sup> Amy Farrell *et al.* “Where are all the victims? Understanding the determinants of official identification of human trafficking incidents”, *Criminology & Public Policy* 9, Issue 2 (2010): 203.

<sup>146</sup> El Artículo 177 bis “De la trata de seres humanos” del Título VII bis del Código Penal Español recoge el delito siguiendo los mandatos del Protocolo de Palermo. El tenor de sus tres primeros apartados reza:

“1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la capture, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes:

a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad.

b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía.

c) La explotación para realizar actividades delictivas.

d) La extracción de sus órganos corporales.

e) La celebración de matrimonios forzados.

Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso.”

2. Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación.

3. El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo.”



asunción anterior, esta recepción parece haberse dado prácticamente en exclusiva sobre el papel. En este caso, la práctica del Estado muestra en sus últimos avances cuál es la visión imperante en el asunto al crearse, *inter alia*, una *Subcomisión para el análisis y estudio de la trata de seres humanos con fines de explotación sexual* en el Congreso de los Diputados,<sup>147</sup> o al elaborarse el *II Plan Integral de lucha contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual* para el período comprendido entre los años 2015-2018,<sup>148</sup> o la reciente *Estrategia Madrileña contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual* que regirá entre el año 2016 y el año 2021,<sup>149</sup> o, igualmente, el *Protocolo de Extremadura contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual* del año 2015,<sup>150</sup> o el *Protocolo de coordinación y actuación con mujeres y niñas víctimas de trata con fines de explotación sexual* de Navarra, del año 2016,<sup>151</sup> o el *Protocolo de actuación institucional sobre adopción de medidas de prevención, investigación e tratamiento ás mulleres vítimas de trata con fins de explotación sexual* de Galicia, del año 2012.<sup>152</sup> La exposición habla por sí misma. De la misma manera, un breve vistazo a las organizaciones no gubernamentales (ONGs) especializadas en la detección y asistencia de las víctimas revela que, hasta la fecha, su trabajo se centra

<sup>147</sup> Vid, por ejemplo en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie D Núm. 700, de 9 de julio de 2015, pp. 32-93. [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/BOCG/D/BOCG-10-D-700.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/D/BOCG-10-D-700.PDF) [Consultado el 20 de julio 2017].

<sup>148</sup> *Plan Integral de lucha contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual 2015-2018* del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. [http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/planActuacion/planContraExplotacionSexual/Docs/Plan\\_Integral\\_Trata\\_18\\_Septiembre2015\\_2018.pdf](http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/planActuacion/planContraExplotacionSexual/Docs/Plan_Integral_Trata_18_Septiembre2015_2018.pdf) [Consultado el 20 de julio 2017].

<sup>149</sup> *Estrategia Madrileña contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual 2016-2021*, Comunidad de Madrid, Consejería de Políticas Sociales y Familia, Dirección General de la Mujer, España, 2016.

<http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=filename%3DEstrategia+Madrile%C3%B1a+contra+la+Trata.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1352911229759&ssbinary=true> [Consultado el 20 de julio 2017].

<sup>150</sup> *Protocolo de Extremadura contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual*, Gobierno de Extremadura, 2015. <http://www.msssi.gob.es/va/ssi/violenciaGenero/tratadeMujeres/ProtocoloMarco/DOC/ProtocoloExtremadura.pdf> [Consultado el 20 de julio 2017].

<sup>151</sup> *Protocolo de coordinación y actuación con mujeres y niñas víctimas de trata con fines de explotación sexual*, Gobierno de Navarra, Departamento de Relaciones Ciudadanas e Institucionales, 2016. <http://www.itxaropengune.org/wp-content/uploads/2016/12/Protocolo-trata-1-5.pdf>

<sup>152</sup> *Protocolo de actuación institucional sobre adopción de medidas de prevención, investigación e tratamiento ás mulleres vítimas de trata con fins de explotación sexual*, Fiscalía Superior da Comunidade Autónoma de Galicia, Xunta de Galicia, 2012. <http://www.msssi.gob.es/va/ssi/violenciaGenero/tratadeMujeres/ProtocoloMarco/DOC/ProtocoloGalicia.pdf> [Consultado el 20 de julio 2017].

principalmente en un perfil de víctimas – mujeres – y en este tipo de explotación – explotación de la prostitución –.<sup>153</sup>

De acuerdo con todas estas fórmulas y datos no parece poder afirmarse que el manejo de la situación en la práctica se haya hecho eco de la evolución en la materia asumida *de jure*. Muy por el contrario, se estaría lidiando con esta realidad casi como si los avances internacionales no se hubieran producido y aún se entendiera a este delito en los parámetros de las primeras conceptualizaciones de la trata. Con ello se mostraría que el logro en abordar la lucha contra la trata sobre cualquiera de sus finalidades y sobre todo tipo de personas estaría lejos de ser real en un plano fáctico.

Además de que el enfoque de aquellas políticas no sería acorde con los estándares internacionales, se ha destacado lo perjudicial que es todo esto para las víctimas. En concreto, Dana Marion ha señalado que fomentar la tendencia a percibir a la trata de personas como dirigida a la explotación sexual es susceptible de generar consecuencias altamente negativas sobre las víctimas provenientes de determinados ámbitos sociales, las cuales son estigmatizadas como prostitutas y padecen problemas para reintegrarse a una vida normal.<sup>154</sup> Con todo lo visto, cumplir con el mandato internacional de combatir la trata siguiendo lo establecido en el Protocolo de Palermo, requiere que se asuma y gestione desde el plano de los hechos que ésta es susceptible de dirigirse a una pluralidad de víctimas y de finalidades de explotación. En tal abordaje se ha destacado la necesidad de tenerse en cuenta las especificidades de uno y otro género, lo cual no influye tan sólo en la identificación de las víctimas sino que, también, repercute en cuestiones como el tipo de servicios que se requerirán para su asistencia.<sup>155</sup>

### 3.3.1.1.3. Planteando la actualidad del “mito de la trata de blancas”

De alguna manera vinculado a lo que se acaba de exponer se abre otro frente a plantear el cual, a pesar de las posibles similitudes de partida, difiere en esencia de lo dicho. Cabría preguntarse si el hecho de que la trata de personas guarde aún *de facto*

---

<sup>153</sup> Por ejemplo, de entre las ONGs principales en este campo en España, el Proyecto Esperanza apoya a las mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual; APRAMP, combate la trata de mujeres y niñas; Cáritas trabaja en programas destinados a mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual; lo mismo ocurre con la Fundación Amaranta, la Casita - Hermanas Oblatas; o Cruz Blanca entre otras.

<sup>154</sup> Dana L. Marion. *Unlocking the Roots of Stigma Towards Victims of Trafficking in Albania*, Capstone Collection, Paper 2491 (2012), 1, 10, 12. <http://digitalcollections.sit.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3522&context=capstones> [Consultado el 20 de julio de 2017].

<sup>155</sup> Sylvia Walby *et al.* *Study on the gender dimension...*, 8.

semejanzas con su enfoque primitivo quiere decir, como criticaba Doezeema, que “el mito de la trata de blancas” sigue vigente en la actualidad. En concreto, la autora exponía que los elementos fundamentales de lo que se consideraba el mito de la trata de blancas se identificarían en la trata de mujeres con fines de explotación sexual contemporánea la cual se presentaría como una forma moderna de *pánico moral*. Sobre esta expresión, Cohen explicaba que llamar a algo que acontece *pánico moral* no implicaría que aquello no exista sino que la extensión y significado del asunto en cuestión habrían sido exagerados en sí mismos (*vid ut supra* pp. 16 y 17).

En relación a esto, primero habría que puntualizar que la confusión entre las configuraciones primigenia y contemporánea de la trata, cuando se da, ocurre de hecho y no de derecho y su superación es ampliamente clamada desde diferentes frentes. Así, como se irá viendo, el concepto de trata introducido en Palermo – compuesto por multiplicidad de sujetos pasivos y múltiples propósitos de explotación – será adoptado en todos aquellos foros concernidos con su lucha. Es por todas las reticencias vistas hasta ahora en cuanto al sustento de una visión de la trata como exclusivamente trata de mujeres que debe entenderse que, más que ante la perpetuación de un mito, el posible mantenimiento de aquella visión sesgada sobre el terreno es considerada como una mala práctica a erradicar ante el afrontamiento del delito. El rechazo a este enfoque queda patente, por ejemplo, en la respuesta que generaría en el Comité CEDAW el conocimiento de la estrategia mantenida *de facto* por España en su lucha contra la trata. En aquella, este órgano subrayaría, de una manera general, su preocupación sobre la falla del Estado en criminalizar todas las formas de la trata.<sup>156</sup> O, igualmente, lo mismo puede apreciarse en los términos más específicos utilizados por el grupo de expertos contra la trata (GRETA) (*vid ut infra* apdo. 3.4. Capítulo III) el cual, al monitorizar la implementación de España del Convenio contra la trata del Consejo de Europa del año 2005, habrá dicho en su informe que deberán tenerse en cuenta las necesidades de los hombres víctimas de trata con fines de explotación sexual y de hombres, mujeres y niños víctimas explotados en otras finalidades.<sup>157</sup> Teniendo todo esto presente, no

---

<sup>156</sup> “[T]he Committee remains concerned about the prevalence of the trafficking of women and girls to the State party and the absence of comprehensive anti-trafficking legislation, as well as **the failure of the State party to criminalize all forms of trafficking**” (Resaltado añadido) (U.N. CEDAW. Committee CEDAW. *Concluding observations on the combined seventh and eighth periodic report of Spain*. 29 July 2015, (UN Doc. CEDAW/C/ESP/CO/7-8), párr. 22).

<sup>157</sup> “Concerning assistance to victims, GRETA welcomes the range of assistance services available to women victims of trafficking for the purpose of sexual exploitation, but stresses the need to provide adequate assistance to other victims of trafficking, such as **men victims of sexual exploitation** or **women**

parece que en este sentido se esté intentando perpetuar una visión exagerada del alcance de la trata de mujeres con fines de explotación sexual tal y como comentaba Doezeema. De hecho, la tendencia en su afrontamiento parece más bien la de visibilizar a todos los tipos de víctimas y a sus múltiples finalidades.

Con esto claro, yendo más allá, se podría pasar a desentrañar si existe en la actualidad un *pánico moral* con respecto a la trata de personas, esto es, a averiguar si su alcance ha sido exagerado.

En este sentido se puede plantear si las cifras que se ofrecen sobre el volumen de la trata estarían exagerando su alcance. Amy Farrell, Jack McDevitt y Stephanie Fahy han apreciado que el número de víctimas identificadas hasta la fecha palidece en comparación con las estimaciones oficiales.<sup>158</sup> Sin embargo, se pueden ofrecer alternativas a la visión de que esta discrepancia en las cifras se deba a la existencia de un *pánico moral*. Así, por ejemplo, los mismos autores han señalado que la baja cantidad de víctimas identificadas en el caso de Estados Unidos podría evidenciar una falta de esfuerzos suficientes para hacer cumplir las disposiciones aplicables a nivel nacional por parte del gobierno o una falta de dotación de recursos para los programas contra la trata. Igualmente, el bajo número de casos identificados, podría derivar de una coordinación insuficiente entre los diferentes agentes involucrados.<sup>159</sup> Asimismo, en España, Luis Mena Martínez comenta que en la disconformidad entre los números de las víctimas identificadas y los de las víctimas alegadas, influiría, por ejemplo, la ausencia de un delito específico de trata de personas hasta el año 2010.<sup>160</sup> También tendría un papel que jugar en esto el entendimiento de la trata como trata destinada principalmente – y casi exclusivamente – a la explotación sexual, en forma que los demás tipos de explotación quedarían “invisibilizados” y, por lo tanto, no documentados; u otra serie de obstáculos denunciados en relación al procedimiento de

---

**and men victims of trafficking for the purpose of labour exploitation.** GRETA also emphasises the need for adequate assistance to be provided to all **child victims of trafficking** irrespective of the type of exploitation.” (Resaltado añadido) (COE. GRETA. *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain*. First evaluation round, Strasbourg, GRETA(2013)16, p. 7).

<sup>158</sup> Farrell *et al.*, “Where are all the victims?”, 201.

<sup>159</sup> Farrell *et al.*, “Where are all the victims?”, 204.

<sup>160</sup> Luis Mena Martínez, “Los números de la trata de personas en España”, *Documentación Social: Revista de Estudios Sociales y Sociología Aplicada* 159 (2010): 156.  
<http://www.caritas.es/imagesrepository/CapitulosPublicaciones/2538/10-%20LOS%20N%C3%9AMEROS%20DE%20LA%20TRATA%20DE%20PERSONAS%20EN%20ESP%A%C3%91A.pdf> [Consultado el 20 de julio de 2017].

identificación de las víctimas.<sup>161</sup> De cualquier manera, trascendiendo a los casos concretos, la identificación de las víctimas es vista como un verdadero desafío global que se enfrenta con una multiplicidad de dificultades.<sup>162</sup>

Todo esto impediría que se pueda afirmar, a tiempo presente, que exista una tendencia, proveniente de las fuentes informadas, dirigida a exagerar el significado y el volumen del fenómeno y que contribuya a promover una visión de la trata de proporciones excesivas perpetuando un mito. Al contrario, admitiendo las limitaciones existentes en la recopilación de datos, la propensión se inclina a mostrar una imagen lo más exacta posible de la realidad de la trata, basada en datos conocidos que permitan la estructuración de medidas adecuadas para su afrontamiento. De hecho, más adelante se verá cómo, en los foros especializados que promueven el combate contra la trata y la protección de sus víctimas, se llama expresamente a los Estados a recolectar datos puesto que se admite que su ausencia generalizada impide ofrecer una visión completa del fenómeno (*vid ut infra* apdo. 3.2.1.2.2. Capítulo III).

### 3.3.1.2. La represión de la trata internacional vs. la trata nacional y los sujetos activos

#### 3.3.1.2.1. Promoviendo el combate de la trata nacional en Palermo

Desde el inicio de las negociaciones de Palermo, la trata que pretendía suprimirse – ya fuera ésta de mujeres y niños, en un principio, o de seres humanos, después – era exclusivamente de carácter internacional. Este enfoque, proveniente de la idea

---

<sup>161</sup> La Red Española Contra la Trata, advierte que, en muchas ocasiones, la posibilidad de que una víctima sea identificada como tal dependerá de que puedan aportar a las autoridades datos e informaciones precisas, detalladas y objetivas sobre los criminales. Igualmente, otra dificultad que se presenta para identificar a las víctimas y, por lo tanto, para cuantificarlas, es que las únicas instituciones competentes para realizar su identificación formal son las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado (FCSE). Esto implica un contacto con la policía que puede ser problemático para aquellas víctimas que tienen un estatus legal irregular y que temen contactar con la policía de inmigración, que es el mismo cuerpo encargado de luchar contra la trata. De igual manera, se alerta sobre una cooperación insuficiente entre las fuerzas de seguridad y las ONG's. Así, cuando las entidades especializadas han tenido contacto con la víctima y, a tal respecto, emiten informes, las fuerzas de seguridad no tendrían la obligación de tomarlos en cuenta. Asimismo, que las FCSE colaboren con las organizaciones sociales en redadas de inmigración cuando existan sospechas de que en la actuación se puedan encontrar víctimas de trata, dependerá exclusivamente de que se establezcan buenas prácticas en este sentido (Red Española contra la Trata de Personas. *Informe de la Red Española contra la Trata de Personas para la coordinadora europea de lucha contra la trata, Visita oficial a España 26 y 27 febrero de 2015*. <http://www.ecpat-spain.org/imagenes/tablaContenidos05sub/Informe%20de%20RECTP%20%20para%20Coordinadora%20Europea%20Marzo%202015.pdf> [Consultado el 20 de julio de 2017]).

<sup>162</sup> *Vid* U.N. Conference of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime. Working Group on Trafficking in Persons, *Victims of trafficking in persons, with particular emphasis on identification*, Vienna, 10-12 October 2011, (UN Doc. CTOC/COP/WG.4/2011/4), párr. 6 y 7.

mantenida tanto por Argentina como por los Estados Unidos en virtud de la cual era imperioso concluir un acuerdo internacional centrado en combatir la trata internacional de personas,<sup>163</sup> perduraría a lo largo de varias sesiones.<sup>164</sup>

A pesar de estos posicionamientos iniciales, con el progreso de los trabajos, y como si de una novedad se tratara, no tardó en plantearse la duda de si el concepto de la trata debía incluir también el transporte de personas en el interior de un Estado o si, por el contrario, se requería, en todo caso, del cruce de una frontera internacional.<sup>165</sup> Ya se indicó en un principio que ésta sería una cuestión que volvería a resurgir en la conclusión de un nuevo tratado. Surgía, así, casi un siglo después de haber sido resuelta – en la Conferencia Internacional de 1902, primero, y en su consagración normativa en la Convención de 1910, después –, y cuando parte de los Estados negociadores del Protocolo de Palermo tendrían ya asumida la obligación de punir la manifestación nacional de la trata – por lo menos en el ámbito de la explotación sexual – al haber ratificado la Convención de 1949<sup>166</sup> la cual, heredera de los resultados de la resolución histórica de este tema, castigaba su concepción de la trata sin discriminar el plano nacional ni exigir ningún elemento de internacionalidad, de forma que, simplemente, preveía situaciones de intermediación en la prostitución de otros que debían ser suprimidas por los Estados Parte.

En las nuevas negociaciones colisionaban las posturas en oposición y eran férreas. De un lado, se identificaba la posición de quienes estaban en favor de mantener tan sólo el carácter internacional del delito a suprimir, persiguiendo que el futuro Protocolo de

---

<sup>163</sup> Vid U.N. AGNU. *Ad Hoc* Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime. *Draft Protocol to combat...Proposal submitted by the United States of America*. (UN Doc. A/AC.254/4/Add.3), letra d); y *Draft elements for an agreement... Proposal submitted by Argentina*. (UN Doc. A/AC.254/8), preámbulo y Artículo 1.1.

<sup>164</sup> Vid U.N. AGNU. *Ad Hoc* Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime. *Revised draft Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Women and Children, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime. Proposal submitted by Argentina and the United States of America*. Second session, 8-12 March 1999, (UN Doc. A/AC.254/4/Add.3/Rev.1), preámbulo y Artículo 1.1; U.N. AGNU. *Ad Hoc* Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime. *Revised draft Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*. Fourth sesión, 28 June-9 July 1999, (UN Doc. A/AC.254/4/Add.3/Rev.2), preámbulo o Artículo 1.

<sup>165</sup> U.N. AGNU. *Ad Hoc* Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime. *Proposals and contributions received from Governments*. Fifth session, Vienna, 4-15 October 1999, (UN Doc. A/AC.254/5/Add.13), pie de página 21.

<sup>166</sup> El estado de las ratificaciones de la Convención de 1949 puede consultarse en: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=VII-11-a&chapter=7&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=VII-11-a&chapter=7&clang=_en) [Consultado el 20 de julio 2017].

Palermo permaneciera en línea con la Convención contra la Delincuencia Organizada a la que complementaría. De otro lado, se enfrentaban aquellas delegaciones que se mantenían reacias a limitar el alcance a, exclusivamente, la trata internacional reivindicando que, mantener tal visión, le daría un campo de aplicación demasiado restringido al instrumento cuando éste debería proteger a todas las personas.<sup>167</sup> Finalmente, la precisión de la internacionalidad se suprimiría en el texto allí donde antes se había especificado tal carácter, a saber, tanto en el preámbulo como en su Artículo 2 donde se enumeraban las finalidades del futuro protocolo el cual, a partir de ese momento, manifestaría únicamente la necesidad de adoptar acciones efectivas para prevenir y combatir la trata de personas – sin indicación de su internacionalidad –, con particular atención a las mujeres y niños.

A pesar de los temores de los detractores, decantándose por suprimir tanto la trata nacional como la internacional, el instrumento en elaboración se estaría en realidad alineando con la futura Convención contra la Delincuencia Organizada a la que complementaría. Para explicar el por qué, debe entenderse que ambos instrumentos se complementan y se interpretan conjuntamente en forma que las disposiciones de aquella se aplicarán *mutatis mutandis* al Protocolo de Palermo.<sup>168</sup> Esto significa que, cuando sea lo propio, los preceptos consagrados en la Convención serán aplicables al Protocolo modificándose o interpretándose según sea necesario de forma que su significado o efecto sea esencialmente el mismo en ambos.<sup>169</sup> Con esto en mente, ocurre que en virtud del propio tenor de la Convención según la cual los Estados Parte “tipificarán en su derecho interno los delitos (...), independientemente del carácter transnacional”,<sup>170</sup> se aclara que éste no es considerado un elemento del delito a efectos de la penalización.<sup>171</sup> El resultado es que es la propia vinculación entre la Convención y el Protocolo la que

---

<sup>167</sup> U.N. AGNU. *Ad Hoc* Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime. *Revised draft Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*. Seventh session, Vienna, 17-28 January 2000, (UN Doc. A/AC.254/4/Add.3/Rev.5), pie de página 18.

<sup>168</sup> Artículo 37 apartados 1 y 4 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y Artículo 1 apartados 1 y 2 del Protocolo de Palermo.

<sup>169</sup> U.N. AGNU. Report of the *Ad Hoc* Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime on the work of its first to eleventh sessions, *Addendum: Interpretative notes for the official records (travaux préparatoires) of the negotiation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, 3 November 2000, (UN Doc. A/55/383/Add.1), párr. 62.

<sup>170</sup> Artículo 34 apartado 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

<sup>171</sup> U.N. AGNU. Report of the *Ad Hoc* Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime on the work of its first to eleventh sessions. *Addendum: Interpretative notes ...* (UN Doc. A/55/383/Add.1), párr. 59.

genera la obligación de los Estados Parte de tipificar en sus ordenamientos jurídicos internos la represión de la trata tanto cuando su manifestación sea internacional como cuando se desarrolle exclusivamente dentro de sus fronteras.

Sabiéndose esto, el resultado acordado saciaría el interés de todas las posturas. Así, unos verían punir una noción amplia de la trata que, suprimiendo su manifestación internacional y nacional, protegería al mayor número posible de personas. Asimismo, otros no deberían preocuparse por que el Protocolo se alejara de la Convención, puesto que sería en virtud de la dinámica entre ambos instrumentos que la doble supresión tendría cabida. Finalmente, este desenvolvimiento respetaría y sería coherente con el alcance que históricamente se atribuía al combate de la trata.

#### 3.3.1.2.2. Los tratantes en Palermo

Como una breve nota, cabe aclarar la posible dubitación sobre la identidad de los sujetos activos a los que se perseguía dar castigo con el Protocolo de Palermo. Esto es, sobre quiénes son los tratantes. La duda puede surgir sin dificultad al atender, por ejemplo, a la especificidad del objetivo de la Convención contra la Delincuencia Organizada a la que acompaña la cual, como indica su nombre, vendría erigiéndose como el estandarte de la lucha contra la delincuencia organizada transnacional.<sup>172</sup>

Desde los inicios de los *travaux préparatoires* del Protocolo de Palermo se propondría la posibilidad de identificar una variedad de sujetos susceptibles de cometer el delito. El primer borrador presentado por los Estados Unidos se refería a una pluralidad de actores como posibles beneficiarios de la trata de seres humanos no limitándose a la exclusiva contemplación de las organizaciones criminales transnacionales.<sup>173</sup> De igual manera, a pesar de que el primer borrador presentado por Argentina sólo contemplaba a las organizaciones criminales como posibles sujetos activos del delito,<sup>174</sup> las posturas se unificarían y pasaría a sumarse rápidamente a la

---

<sup>172</sup> El Artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional reza: “El propósito de la presente Convención es promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional”.

<sup>173</sup> En su primer borrador se enuncia: “Gravely concerned by the significant and increasing activities of **transnational criminal organizations and others that profit from international trafficking in persons**” (Resaltado añadido) (U.N. AGNU. *Ad Hoc* Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime. *Draft Protocol... Proposal submitted by the United States of America*. (UN Doc. A/AC.254/4/Add.3), letra b).

<sup>174</sup> U.N. AGNU. *Ad Hoc* Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime. *Draft elements... Proposal submitted by Argentina*. (UN Doc. A/AC.254/8), preámbulo y Artículo 2 letra a).



propuesta más inclusiva de los Estados Unidos.<sup>175</sup> Este nuevo consenso reinaría en los trabajos preparatorios del Protocolo de Palermo.

Al igual que ocurría en el caso anterior, esto no supondría un enfrentamiento con la Convención principal a la que el Protocolo complementaría. De hecho, la idea de que los Estados Parte deberían criminalizar a la trata de personas en sus ordenamientos jurídicos nacionales con independencia de que hubiera sido perpetrada por un grupo organizado provendrá nuevamente de aquella. Efectivamente, y al igual que ocurría en el caso anterior, en virtud del mecanismo por el que ambos instrumentos se complementan y del efecto *mutatis mutandis*, el Protocolo de Palermo se leerá bajo el prisma de la disposición de la Convención que establece que los Estados Parte “tipificarán en su derecho interno los delitos (...), independientemente (...) [de] la participación de un grupo delictivo organizado (...)”.<sup>176</sup> Todo ello indicando que la participación de un grupo criminal organizado o un grupo criminal organizado transnacional no es un elemento de la ofensa para la finalidad de su penalización.<sup>177</sup>

Este desenlace sería, nuevamente, coherente con la configuración de la estructura histórica más primigenia de la trata en la que nunca se había exigido tal característica, con la intención de proteger al mayor número de personas y con la pretensión de producir un instrumento alineado con la Convención. Sin embargo, a pesar de que el camino que lleva a esta conclusión – y a la traída en el apartado anterior – parece claro, éste no ha sido siempre entendido correctamente.

### 3.3.1.2.3. De la confusión en torno al alcance de la trata en Palermo a través del Artículo 4 del “ámbito de aplicación”

A pesar de lo expuesto, una duda podría surgir – y de hecho surge – tanto en un caso como en el otro. Esto es, el hecho de que la trata que se pretende combatir en Palermo incluya al orden nacional y al internacional y a otros sujetos activos diferentes de los grupos criminales organizados transnacionales no ha sido siempre entendido. La

---

<sup>175</sup> U.N. AGNU. *Ad Hoc* Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime. *Revised draft Protocol... Proposal submitted by Argentina and the United States of America*. (UN Doc. A/AC.254/4/Add.3/Rev.1).

<sup>176</sup> Artículo 34 apartado 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

<sup>177</sup> U.N. AGNU. Report of the *Ad Hoc* Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime on the work of its first to eleventh sessions. *Addendum: Interpretative notes...*, (UN Doc. A/55/383/Add.1), párr. 59.

confusión sobre el alcance de la trata se plantea con relación a la disposición que establece el *ámbito de aplicación* – Artículo 4 – del Protocolo de Palermo. Según ésta:

“A menos que contenga una disposición en contrario, [el Protocolo] se aplicará a la prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados con arreglo al Artículo 5 (...), cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado (...)”<sup>178</sup>

Pues bien, aquí parece que expresamente se proclama la necesaria – y excluyente – presencia de las características de la transnacionalidad y de la intervención de un grupo organizado en los delitos consagrados. De ser esto cierto, contradeciría todo lo hasta aquí expuesto.

Sin embargo, la clave principal en la lectura de este artículo es nuevamente la relación de complementariedad del Protocolo con la Convención. Así, efectivamente existe una disposición en la Convención – Artículo 34 apdo. 2 – que podría considerarse “en contrario” y que como ya hemos visto establece que las ofensas de la Convención deben penalizarse en el derecho interno de cada Estado Parte con independencia de la naturaleza transnacional o la participación de un grupo criminal organizado. De esta forma, es claro que se pretende asegurar claridad para los Estados cuando procedan a la criminalización de la trata, la cual debe ser penalizada así entendida. No obstante – y aquí el sentido en el que debe leerse el Artículo 4 sobre el ámbito de aplicación del Protocolo de Palermo –, las notas interpretativas sobre los *travaux préparatoires* aclaran que lo dicho no tiene impacto alguno en los artículos que regulen la cooperación.<sup>179</sup> Siendo esta última vía la única abierta para interpretar el tenor del precepto, ocurriría que el mismo estaría estableciendo los parámetros de la cooperación entre los Estados Parte del Protocolo de Palermo para proteger a las víctimas de la trata y para prevenir,

---

<sup>178</sup> Artículo 4 del “Ámbito de aplicación” del Protocolo de Palermo.

<sup>179</sup> “The travaux préparatoires should state that the purpose of this paragraph [Article 34] is, without altering the scope of application of the Convention as described in article 3, to indicate unequivocally that **the transnational element and the involvement of an organized criminal group are not to be considered elements of those offences for criminalization purposes.** (...) This provision is furthermore intended to ensure clarity for States Parties in connection with their compliance with the criminalization articles of the Convention and is not intended to have any impact on the interpretation of the cooperation articles of the Convention (...)” (Resaltado añadido) (U.N. AGNU. Report of the *Ad Hoc* Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime on the work of its first to eleventh sessions. *Addendum: Interpretative notes...* (UN Doc. A/55/383/Add.1), párr. 59).

investigar y penalizar los delitos tipificados cuando estos tuvieran carácter transnacional y participara un grupo delictivo organizado.

La necesidad de hacer esta aclaración no es de escasa importancia y se impone, no sólo en aras de una presentación clara de la configuración de la trata en el instrumento internacional posicionado actualmente a la cabeza de su combate, sino, también, puesto que ésta no ha sido siempre correctamente entendida. En este sentido, por ejemplo, Kevin Bales, basándose probablemente en la disposición que consagra el ámbito de aplicación, ha remarcado erróneamente que el Protocolo de Palermo tiene un alcance limitado en tanto que ha interpretado que éste se aplica a la prevención, investigación y acusación de los delitos solamente cuando éstos tuvieran carácter transnacional y participara un grupo organizado criminal. Consecuencia de esta visión, estimaría que la definición de la trata de personas que el instrumento avanza, si bien es esencial, no debe ser la única herramienta disponible para reprimirla. Para el autor, una represión eficaz requeriría que su combate observara asimismo la criminalización de las manifestaciones exclusivamente nacionales del delito y la autoría de criminales individuales.<sup>180</sup> Bales no ha sido el único en pasar por alto que ambos aspectos estarían cubiertos por el Protocolo de Palermo. A la misma interpretación errónea habría llegado David Weissbrodt y la Anti-Slavery International quienes, interpretando el Artículo 4 de Palermo de forma descontextualizada, declararían sin dubitación que la aplicación de este tratado estaría limitada a situaciones en las que la trata de personas hubiese sido perpetrada por un grupo criminal organizado y a través de fronteras internacionales. Guiados por una preocupación innecesaria – por cuanto la misma carece de objeto –, seguirían afirmando que esta restricción, la cual representaría un alejamiento de los instrumentos internacionales anteriores, iría en detrimento de aquellos individuos víctimas de la trata que hubieran visto sus derechos humanos violados fuera de tales parámetros.<sup>181</sup>

---

<sup>180</sup> Vid Kevin Bales, “What predicts human trafficking”, *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice* 31 (2007): 271.

<sup>181</sup> Vid David S. Weissbrodt and Anti-Slavery International. *Abolishing Slavery and its Contemporary Forms*. (New York-Geneva: OHCHR, U.N., 2002. (HR/PUB/02/4)), p. 21, párr. 72. <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/slaveryen.pdf> [Consultado el 20 de julio 2017].

### 3.3.2. La definición de la trata de personas del Protocolo de Palermo y sus problemáticas

#### 3.3.2.1. La nueva definición de la trata de personas

El mismo preámbulo del Protocolo de Palermo reza que su razón de ser viene dada por la constatación de una laguna existente en el ordenamiento jurídico internacional por la cual no podía identificarse un instrumento jurídico único que abordase todos los aspectos de la trata de personas. Bajo la motivación de lograr esta finalidad inclusiva, se concebiría la definición de la trata de personas que viene siendo utilizada en la actualidad de manera uniforme por disfrutar del consenso de la comunidad internacional. Siguiendo la nueva delimitación del concepto de la trata, por ésta se entenderá la conjunción de tres elementos, a saber, de la acción, de los medios de comisión, y de la finalidad del delito, los cuales deberán cometerse intencionalmente. Todo esto sonará puesto que, sin haber sido diseccionada, esta definición fue presentada en el segundo párrafo de esta obra.

La acción consiste en “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas”. Esta acción sería llevada a cabo recurriendo a los medios de “la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra”. Por último, todo ello estaría dirigido a lograr como finalidad la explotación de las personas. Esta explotación “incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.

En la configuración de este nuevo delito, la figura del consentimiento habrá sido expresamente incluida y bien delimitada. En el nuevo tipo de la trata de personas, el consentimiento otorgado por una víctima a cualquier forma de explotación no es tenido en cuenta. Como regla general, esto es así en la medida en que el consentimiento habrá sido obtenido a través de cualquiera de las formas comisivas del elemento de medios – a través de la amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coacción, del rapto, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o de la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona con

autoridad sobre otra –, considerándose, en consecuencia, viciado al no poder estimarse que haya sido otorgado válida y libremente. Como regla especial, el consentimiento de los niños – cualquier persona menor de 18 años – es irrelevante siempre, y ello con independencia de que se hubiera recurrido al elemento de medios, cuya presencia, en estos casos, no se requerirá para dar forma al tipo. En tales supuestos, la mera acción de captar, transportar, acoger o recibir a un niño con la finalidad de explotarlo será siempre trata.<sup>182</sup> En este nuevo tratado, desaparecen los debates tradicionales que apelaban a los regímenes nacionales en la determinación de la edad del paso a la mayoría. Esto guardaría coherencia con el hecho de que la Convención sobre los Derechos del Niño hubiera entrado en vigor diez años antes, proclamando en su articulado – Artículo 1 –, de manera general, a la edad de los dieciocho años como la frontera entre la minoría y la mayoría de edad.

#### 3.3.2.2. El distanciamiento de Palermo del debate de la prostitución a través del rol del consentimiento de la víctima

En el ámbito del Protocolo de Palermo, al haberse introducido una diferenciación entre el valor otorgado al consentimiento de las personas menores y al de las personas mayores de edad, se habría vuelto a aquel posicionamiento inicial que propugnaba la separación de la figura de la trata del debate de la prostitución.

Anteriormente ya se había adelantado que el papel desempeñado por el consentimiento tendría repercusiones, a su tiempo, en la configuración contemporánea del delito. Retomando la cuestión original, esta idea se habría larvado en la Conferencia Internacional de 1902 – y consagrado en la Convención de 1910 – donde, por primera vez, se propondría el concepto del *estado de minoría* en virtud del cual los menores de edad – las menores de género femenino – eran *res sacra*. Bajo tal consideración, incluso cuando aquellos consintieran, la ley debía defenderles siempre al no tener completo el ejercicio de su libre arbitrio por lo que, ante la presencia de los demás elementos de la trata, habría siempre delito. Como quedó expuesto en su momento, el objetivo perseguido al diferenciar entre el valor del consentimiento de las menores y de las mayores de edad era alejar al proyecto en elaboración de las legislaciones que castigaban en todo caso al proxenetismo, el cual entonces, en virtud de esta diferenciación, sólo sería punible en los casos de las menores prostituidas a través de un

---

<sup>182</sup> Artículo 3 letras b), c) y d) del Protocolo de Palermo.

intermediario puesto que su consentimiento para ejercer la actividad habría carecido de valor. De manera contraria, las mujeres mayores de edad sólo eran víctimas del delito si se las había llevado al ejercicio de la prostitución a través de intermediario con su consentimiento viciado. Lo contrario no era trata y tenía que ver con otra cosa, con el debate de la prostitución.

Ciertamente, en Palermo, con la introducción de la figura del consentimiento tal y como es regulada, el instrumento se aleja del debate de la prostitución. Aquí, al igual que en aquellos intentos de la primera época de la trata de blancas, se quebranta la yuxtaposición entre la trata y el proxenetismo. De hecho – ya se verá (*vid ut infra* apdo. 2 Capítulo II) –, en Palermo se dejará intencionalmente a las legislaciones internas los asuntos relativos al estatus de las cuestiones asociadas al debate de la prostitución.

Esta desvinculación del imperio del combate de la trata con el debate de la prostitución, producido a través del rol que le es otorgado al consentimiento de la víctima, supone que la trata cobra autonomía para pasar a alejarse de la asociación que la había acompañado históricamente. Una vez se han dejado de asimilar las dos conductas, se posibilita sin traba la introducción de otros tipos de explotación que nada tuvieran que ver con aquel ámbito específico. Así se entiende que, una vez que la trata de personas es un delito autónomo, no se encuentra impedimento alguno para que la acción que conforma el tipo pudiera reprimirse cuando ésta se dirigiera sin la aquiescencia de la persona tratada – ya fuera por la edad insuficiente de la víctima o por el empleo de medios fraudulentos para la obtención de su consentimiento – a otras finalidades de explotación distintas de la prostitución.

### 3.3.2.3. Un remarque para el futuro. El rol del consentimiento en la prevención de la trata

Esto es un remarque que debe tenerse en cuenta cuando, más adelante, se introduzca a uno de los pilares fundamentales en el combate de la trata, a su prevención. En esto, el consentimiento de la víctima tendrá un rol que jugar.

Como se acaba de ver, el consentimiento otorgado por la víctima de la trata es irrelevante. Es considerado como no puesto, como viciado y nulo y, por lo tanto, su concurrencia no exime de responsabilidad a los perpetradores. Tomando como punto de partida los supuestos en los que ciertamente hubiera existido una declaración de

consentimiento inicial por parte de la víctima, se quiere introducir que, justamente, una gran mayoría de los casos de trata de personas ven su origen en la emisión expresa de un consentimiento declarado por una futura víctima a una oferta. La oferta a la cual se consiente supondrá la promesa de mejores condiciones de vida pero, sin embargo, ésta será fraudulenta puesto que no será real, o las condiciones cualitativas de la misma no serán reales dirigiéndose a la persona a un ámbito en el que será explotada. Es importante resaltar que las víctimas no aceptarían la oferta inicial si no representase una mejora significativa de sus circunstancias, de todo lo cual proviene la importancia primaria de analizar los llamados factores *push* y *pull* generadores de los flujos de trata los cuales, tal y como se presentará con posterioridad, jugarán un papel determinante en la construcción del contenido de gran parte de las medidas de prevención de la trata de personas.

#### 3.3.2.4. Las disfuncionalidades de la definición de la trata de personas

Volviendo a centrar la atención en la definición de la trata de personas presentada en el Protocolo de Palermo, es lo suyo reconocer que ésta ha disfrutado del beneplácito de la comunidad internacional, expandiéndose más allá del propio instrumento y llegando a adoptarse, posteriormente, en otros foros internacionales. Siguiendo lo que aquí ocupará en algún momento, la estela de Palermo se retomará en el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos a través de la jurisprudencia de su Tribunal; en el articulado del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos del año 2005; en el ámbito de la Unión Europea a través de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas; y en la CEDAW a través de la labor de su Comité de vigilancia de la actividad de los Estados. Anne Gallagher comenta que, en los tiempos posteriores a su negociación y antes de su entrada en vigor, el haberse desarrollado una definición consensuada se sentía como un verdadero logro en la medida en que incorporaba un entendimiento común de la trata de personas que permitiría a los Estados Parte, más que nunca, cooperar y colaborar de una manera más efectiva.<sup>183</sup>

---

<sup>183</sup> Anne T. Gallagher, “Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis”, *Human Rights Quarterly* 23, N° 4 (2001): 1004.

A pesar de que todo esto muestra que la definición de la trata de Palermo disfrutará de un consenso pacífico y deseado, Marika McAdam y Gallagher han puesto de relieve el surgimiento de resultados polémicos provenientes de su implementación en los ordenamientos jurídicos nacionales que serían contrarios a aquella idea inicial de logro. Específicamente, han alarmado sobre una incorporación irregular de la definición en los ordenamientos jurídicos de algunos Estados. En tales supuestos destacan dos tendencias oscilantes, la una, hacia una interpretación expansiva y, la otra, hacia una interpretación conservativa o restrictiva.<sup>184</sup>

Con respecto al primer caso, allí donde se asume una interpretación expansiva de la definición de la trata de personas, habría ocurrido que, en lo principal, se conservarían los elementos de acción y de medios dilatando, sin embargo, el contenido de las finalidades de explotación.

La vía por la que se produciría esta irregularidad vendría dada por la estructura del propio elemento finalidad el cual especifica que las formas de explotación a las que podrá dirigirse la trata incluirían los supuestos enumerados “como mínimo”. Sobre esto, Allain explica que con motivo de la cobertura que proporciona tal previsión, aparecerían casos en los que la amplia introducción de otras posibles formas de explotación habría modificado el entendimiento de la trata de personas consagrada en Palermo. Asimismo ocurriría que, en otros casos, aun realizando una rigurosa observancia de los términos del Protocolo a la hora de transponer la definición de la trata al ordenamiento jurídico nacional, la extensión del contenido de los tipos mismos de explotación variaría, ocurriendo que terminarían por significar otra cosa. Como consecuencia de tales maniobras denuncia el surgimiento de un régimen internacional para la criminalización de la trata de personas de efectividad fracturada del que derivarían resultados indeseados como impedir la aplicación de los tratados de extradición – por cuanto requieren que los crímenes sean comunes a ambas jurisdicciones –, o imposibilitar el funcionamiento de la jurisdicción extraterritorial – por cuanto lo que sería considerado un crimen en una jurisdicción no lo sería en otra –.<sup>185</sup>

---

<sup>184</sup> Anne T. Gallagher and Marika McAdam. *The role of consent in the Trafficking in Persons Protocol*. (Vienna: UNODC, Issue Paper, 2014), 5. [https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2014/UNODC\\_2014\\_Issue\\_Paper\\_Consent.pdf](https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2014/UNODC_2014_Issue_Paper_Consent.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].

<sup>185</sup> Jean Allain, “No Effective Trafficking Definition Exists: Domestic Implementation of the Palermo Protocol”, *Albany Government Law Review* 7 (2014): 112, 113, 123-125, 128.



La preocupación por la constatación de los desequilibrios generados a raíz de la implementación del Protocolo de Palermo en los ordenamientos domésticos es conocida y ha sido, a su vez, puesta de relieve en el ámbito de las Naciones Unidas por diferentes organizaciones internacionales que se ocupan de la trata de personas. Tal desvelo ha impulsado a que, en este contexto y como resultado del análisis de los primeros diez años de vida del instrumento, el *Grupo Interinstitucional de Cooperación contra la Trata de Personas* – foro creado en las Naciones Unidas para coordinar la lucha contra la trata entre organizaciones internacionales – haya recomendado proceder a la armonización de los marcos legales sobre la trata en los respectivos Estados Parte considerando como base al *Modelo de Ley contra la Trata de Personas*<sup>186</sup> (Ley Modelo, en adelante) de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito – UNODC en sus siglas en inglés –.<sup>187</sup>

En cualquier caso, el afrontamiento de este resultado indeseado va a tener que lidiar, como han recordado Joy Ngozi Ezeilo y Maria Grazia Giammarinaro, Relatoras Especiales sobre la trata, con el hecho de que en la trata actual las finalidades enumeradas en la definición no son una lista cerrada y que “las formas de la trata son tan variadas como el beneficio potencial o la ganancia personal”. Bajo esta interpretación amplia, entienden que ésta puede dirigirse hacia cualquier finalidad ilícita, tales como, la trata de adultos y niños con fines de explotación sexual, laboral, participación en grupos armados, actividades criminales o ilícitas, mendicidad, matrimonios forzados o serviles, servidumbre doméstica o extracción de órganos.<sup>188</sup>

Con respecto al segundo caso, junto a estas disfuncionalidades susceptibles de ser generadas por el desigual entendimiento de las finalidades de explotación desde una perspectiva amplia, se ha llamado la atención sobre el resultado producido por la adopción en algunos ordenamientos jurídicos nacionales de una definición de la trata más limitada que aquella prevista en Palermo.

---

<sup>186</sup> U.N. UNODC. *Model Law against Trafficking in Persons*. 2009, (V.09-81990 (E)). [https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/UNODC\\_Model\\_Law\\_on\\_Trafficking\\_in\\_Persons.pdf](https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/UNODC_Model_Law_on_Trafficking_in_Persons.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].

<sup>187</sup> U.N. ICAT. *An analytical review 10 years on from the adoption of the UN Trafficking in Persons Protocol*. (October 2010): 63. [https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/ICAT/ICAT\\_Background\\_Paper.pdf](https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/ICAT/ICAT_Background_Paper.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].

<sup>188</sup> U.N. AGNU. HRC. *Report of the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children, Joy Ngozi Ezeilo. Thematic report*. 1 April 2014, (UN Doc. A/HRC/26/37), párr. 35 y 36; U.N. AGNU. HRC. *Report of the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children, Maria Grazia Giammarinaro*. 1 March 2015, (UN Doc. A/HRC/29/38), párr. 52.

En este otro sentido, ocurre que a pesar de la aparente claridad de la idea por la cual, en el caso de los adultos, no hay consentimiento a la actividad de explotación allí donde se identifican los medios de comisión, se ha indicado que, en la práctica de los Estados, esta premisa no es siempre nítida. En los ordenamientos jurídicos internos se revelan cuestiones problemáticas con respecto a la relación entre estos dos factores. En concreto, el *Grupo de Trabajo sobre la Trata de Personas* creado por la *Conferencia de las Partes de la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado* ha constatado la existencia de interpretaciones desiguales de los medios de comisión en función del país, exigiéndose, por ejemplo, diferentes grados de severidad. Como resulta de tales interpretaciones en algunos ordenamientos internos se cuestiona si bastaría con establecer el efectivo uso de los medios para identificar un caso de trata o si, yendo más allá, también se requiere probar que éstos han efectivamente viciado el consentimiento.<sup>189</sup> Igualmente, Michelle Dempsey, Carolyn Hoyle y Mary Bosworth alertan sobre la no inclusión por parte de algunos Estados de la característica de la irrelevancia del consentimiento otorgado por la víctima cuando se hubiera recurrido al elemento de medios. La consecuencia de este silencio podría llevar a que en aquellas legislaciones, siguiendo principios generales de derecho penal referidos al consentimiento – *volenti non fit injuria* –, la aquiescencia de la víctima sí sería relevante al no estimarse viciada conllevando que ni a ella se la considerase como persona tratada ni al tratante como culpable. Aquí, estos Estados, al estar adoptando una definición limitada de la trata de personas, estarían vulnerando el mandato de penalizarla al que vienen obligados en virtud de su vinculación al Protocolo de Palermo.<sup>190</sup>

Un resultado similar se generaría ante el establecimiento de restricciones sobre los elementos de acción. Según ha sido entendido, esta limitación acaecería al imponer la necesaria concurrencia de un elemento específico – por ejemplo, del transporte entre fronteras de distintos países o dentro de las fronteras – en el proceso de identificación de casos de trata. Consecuentemente, la ofensa criminal no podría establecerse sin una evidencia que probase la presencia de la acción exigida, y ello con independencia de que otro de los elementos de acción previstos en Palermo fuera demostrable. Lo mismo

---

<sup>189</sup> U.N. Conference of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime. Working Group on Trafficking in Persons, *Key concepts of the Trafficking in Persons Protocol, with a focus on the United Nations Office on Drugs and Crime issue papers on abuse of a position of vulnerability, consent and exploitation*. Vienna, 16-18 November 2015, (UN Doc. CTOC/COP/WG.4/2015/4), párr. 17.

<sup>190</sup> Michelle Madden Dempsey *et al.* “Defining sex trafficking in international and domestic law: mind the gaps”, *Emory International Law Review* 26 (2012): 147-50.

sucedería al limitar el alcance del tipo delictivo a aquellos actos en los que se intercambiase dinero u otros artículos de valor, o cuando se introdujesen otros elementos de transacción sobre las víctimas como su compra o venta estableciéndose, nuevamente, elementos adicionales de la ofensa a probar. Es a raíz de esto que Dempsey, Hoyle y Bosworth dirían que las diferencias entre las legislaciones no sólo desestabilizan el esfuerzo de crear una respuesta coordinada ante la ofensa criminal sino que, además, socavarían cualquier afirmación sobre la existencia de un acuerdo internacional sobre la naturaleza de la trata de personas.<sup>191</sup>

No obstante, más que negar en lo rotundo la existencia de un consenso internacional sobre la definición introducida por Palermo – la cual se retoma en otros foros internacionales que con posterioridad han debido legislar sobre trata –, parecería más adecuado hablar de fallas en la correcta implementación que llevan a cabo los Estados Parte. Así visto, lo expuesto evidenciaría deficiencias en la efectividad de la actividad de la *Conferencia de las Partes* como órgano encargado de monitorizar la Convención contra la Delincuencia Organizada y los protocolos que la acompañan.<sup>192</sup> Esto sería así puesto que, incluso a pesar de haber creado un grupo de trabajo específicamente dedicado a aconsejarle en lograr su función en el campo de la trata de personas,<sup>193</sup> no habría sido capaz de corregir la incorrecta asunción de la definición por los Estados, ya fuese por exceso o por defecto. Sin embargo, es cierto – y esto habrá de verse más adelante (*vid ut infra* Capítulo II) – que la composición de la trata suele ser malentendida – y no solamente a nivel Estatal – lo que ha traído consigo, irremediablemente, que se afronte de manera dispar.

---

<sup>191</sup> Dempsey *et al.* “Defining sex trafficking ...”, 139, 150-52.

<sup>192</sup> La Conferencia de las Partes fue prevista con la finalidad exclusiva de asistir a los Estados Parte en la implementación de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional en virtud de su Artículo 32. Sin embargo, en su sesión inaugural en el 2004 decidiría expandir sus funciones, siguiendo lo que aquí concierne, con respecto al Protocolo contra la Trata (*Vid.* U.N. Conference of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime. *Report of the Conference of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime on its first session, held in Vienna from 28 June to 8 July 2004.* Vienna, 28 June- 8 July 2004, (UN Doc. CTOC/COP/2004/6), Decision 1/5, p. 5).

<sup>193</sup> El *Grupo de Trabajo sobre la Trata de Personas* fue establecido por la Conferencia de las Partes en la Decisión 4/4 adoptada en su cuarta sesión en el año 2008 con la intención de que la aconseje y asista en la implementación de su mandato en relación al Protocolo de Palermo para lo cual lleva a cabo, *grosso modo*, un intercambio de experiencias y prácticas que permitan identificar las debilidades del tratado; hace recomendaciones a la Conferencia sobre cómo pueden los Estados mejorar la implementación del instrumento; guía a la Conferencia en cuanto a actividades relacionadas a la implementación y la aconseja sobre cómo coordinarse con otros organismos dedicados a la lucha contra la trata, (U.N. Conference of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime. *Report of the Conference of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime on its fourth session, held in Vienna from 8 to 17 October 2008*, (UN Doc. CTOC/COP/2008/19), pp. 11-13).

### 3.3.3. Diferenciación de figuras afines: la trata de personas vs. el agravante del tráfico de migrantes

La necesaria diferenciación entre la trata de seres humanos – *human trafficking*, en inglés – y el tráfico de personas – *smuggling of migrants* – es un tema que salió a relucir desde los primeros momentos de las negociaciones del Protocolo de Palermo. En aquel espacio de trabajo y de esfuerzo para delimitar con exactitud los conceptos y llamar a cada cosa por su nombre, se dejaba claro que había de reconocerse la importante distinción entre estas dos materias. Éstas serían, además, objeto de dos protocolos diferenciados, ambos complementarios a la Convención principal, a saber, el protocolo opcional sobre trata de seres humanos y el protocolo opcional sobre el tráfico de migrantes. En este contexto delimitador se declaraba que la trata de personas incluiría formas adicionales de comportamiento delictivo a combatir. Tal sería el caso de las conductas que compondrían el elemento de medios y de aquellas susceptibles de ser enmarcadas en el elemento de la finalidad de explotación.<sup>194</sup> Por su parte, el tráfico de migrantes supondría la explotación criminal de la migración y la generación de beneficios derivados de facilitar la entrada o la residencia ilegal de los migrantes, separando a ésta netamente de la mera migración irregular. Añadiendo detalle a la delimitación de esta segunda figura, Jorge Quindimil López ha subrayado que el establecimiento de una distinción entre las personas traficadas y los migrantes irregulares se justifica en el hecho de que los primeros son víctimas de grupos criminales que obtienen un beneficio económico u otro material de ellos y que, consecuencia de la situación, pueden haber visto violados sus derechos.<sup>195</sup>

En principio, las características esenciales que distinguen al tráfico de migrantes de la trata de personas son claras. Así, la guía legislativa para la implementación de la Convención contra el Crimen Organizado las compara estableciendo que, a diferencia de la trata en la que los tratantes reclutan o ganan control sobre las víctimas a través de medios abusivos, coercitivos o engaño, con la intención de explotar a la víctima, en el tráfico de migrantes el reclutamiento es voluntario y en algún grado cómplice de su

---

<sup>194</sup> U.N. AGNU. *Ad Hoc* Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime. *Proposals and contributions received from Governments*. Second session, Vienna, 8-12 March 1999, (UN Doc. A/AC.254/5/Add.3), Proposal received from Australia and Canada, p. 5.

<sup>195</sup> Jorge A. Quindimil López, "The United Nations and the fight against transnational organised crime: The application of the Palermo Protocol to the smuggling of migrants by sea", en: *Sûreté maritime et violence en mer*, dir. José M. Sobrino Heredia (Bruxelles: Ed. Bruylant – Ed. de l'Université de Bruxelles 2011), 120.

propio tráfico. La explotación no es un elemento necesario del tipo – no hay una intención de explotar – y, además, se requiere siempre un elemento de transnacionalidad que supondrá un cruce de fronteras a través de la entrada ilegal de un país a otro.<sup>196</sup>

Esta separación nítida es cierta y bien conocida. No obstante, la delimitación no será siempre tan clara. El solapamiento potencial llega con el tipo agravado de tráfico de migrantes establecido en el *Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire* el cual se concreta cuando, respecto a lo que aquí interesa, concurren circunstancias que suponen un trato inhumano y degradante del migrante, incluyendo su explotación.<sup>197</sup>

La detección de la posible superposición entre esta disposición y el contenido del Protocolo de Palermo fue puesta de relieve con presteza por algunas delegaciones negociadoras de los *travaux préparatoires* del Protocolo contra el tráfico de migrantes.<sup>198</sup> Allí, dos pareceres opuestos convivían de manera que, desde los pros, las delegaciones que promovían la idea estimaban que introducir la explotación como agravante proporcionaba una mejor protección de los migrantes y, desde los contras, quienes se resistían a ello juzgaban que todos los posibles casos de explotación corresponderían al perímetro de la trata de personas de manera que, dando preferencia a la aplicación del Protocolo contra la Trata en tales casos, concluían con que el contenido de aquel otro instrumento no debía ser duplicado en el ámbito del tráfico.<sup>199</sup> Finalmente, se entendería que, bajo las circunstancias que implicasen el agravante de trato inhumano o degradante, se incluiría “ciertas formas de explotación” sin perjuicio de cuando debiera aplicarse el tratado específico sobre trata.<sup>200</sup> Este desenlace daría a entender que la explotación prevista en el campo del tráfico sería distinta, en forma que no llegaría al

---

<sup>196</sup> U.N. UNODC. *Legislative Guides for the Implementation of the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime and the Protocols Thereto*. (New York: UN, 2004), pp. 339-341, párr. 27-30.

<sup>197</sup> Artículo 6 apartado 3 letra (b) de la “Criminalización” del *Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, suplementando la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional*, UNTS 2241, p. 507.

<sup>198</sup> U.N. AGNU. *Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime, Draft Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Air and Sea, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*. Fifth session, Vienna, 4-15 October 1999, (UN Doc. A/AC.254/4/Add.1/Rev.2), pie de página 47.

<sup>199</sup> U.N. AGNU. *Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime, Revised draft Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Air and Sea, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*. Ninth session, Vienna, 6-12 June 2000, (UN Doc. A/AC.254/4/Add.1/Rev.5), pie de página 37.

<sup>200</sup> U.N. AGNU. Report of the *Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime* on the work of its first to eleventh sessions. *Addendum: Interpretative notes...* (UN Doc. A/55/383/Add.1), párr. 96.

umbral requerido para aplicar el Protocolo de Palermo. Sin embargo, en las negociaciones previas no se proporcionarían mayores aclaraciones.

Arrojando luz en la delimitación de las figuras la guía legislativa recuerda que cuando no hay consentimiento, o éste está viciado o es anulado, de acuerdo con la definición del Artículo 3 del Protocolo de Palermo, la presencia de explotación, en vez de constituir una agravante del tráfico, hará aplicable el delito de la trata de personas si el Estado ha ratificado e implementado este Protocolo.<sup>201</sup> Esto sin duda lleva a entender que la decantación, por uno u otro delito, dependerá de las circunstancias del caso concreto.

Intentando ofrecer datos que ayuden a demarcar las ofensas, desde la *Ley Modelo contra el Tráfico de Migrantes* se ha puesto como ejemplo la dificultad de concebir una situación en la que un migrante sea traficado con el propósito de ser esclavizado o sometido a trabajo forzoso sin que haya habido algún elemento de engaño o coerción – medios que anulan el consentimiento – durante el proceso. En añadidura, para explicar el tipo de explotación a la que los migrantes podrían quedar expuestos se recuerda que habitualmente, en la realidad, las personas traficadas ven vulnerados sus derechos o se toma provecho de ellas durante el proceso o a la llegada al país de destino. En estos contextos, los migrantes pueden llegar a estar sometidos a condiciones abusivas o inhumanas en las que el trato, sin embargo, no alcanza los requisitos de la explotación de la trata. Dos ejemplos se ofrecen mostrando que este tipo de explotación tiene un carácter más accidental que intencional. Así, la misma Ley Modelo se refiere al caso en el que propietarios explotadores de tugurios impongan a los migrantes rentas excesivas por el alquiler de habitaciones abarrotadas carentes de servicios básicos de sanidad o agua; o, el supuesto en el que una persona aborda a un grupo de migrantes muriendo de sed en el desierto ofreciéndoles guía hacia el pozo de agua más cercano pero sólo a cambio de todo su dinero y posesiones.<sup>202</sup>

Es en este sentido que, acertadamente, Gallagher y Fiona David comentan la posibilidad de concebir situaciones abusivas y destinadas a la ganancia de un tercero, esto es, de explotación, en el ámbito del tráfico. Las autoras analizan las diferencias

---

<sup>201</sup> U.N. UNODC. *Legislative Guides...*, p. 347, párr 49.

<sup>202</sup> U.N. UNODC, *Model Law against the Smuggling of Migrants*. (New York: UN, 2010), 43 y 53. [https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Model\\_Law\\_Smuggling\\_of\\_Migrants\\_10-52715\\_Ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Model_Law_Smuggling_of_Migrants_10-52715_Ebook.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].

entre los elementos de las ofensas y, así, ponen de relieve una distinción fundamental ya apreciable. En el caso del tráfico de migrantes agravado habría que probar un elemento físico del crimen, a saber, que éste ocurrió en circunstancias que incluían explotación. En el caso de la trata de personas se requeriría probar un elemento mental, esto es, una intención de someter a la víctima a explotación, lo cual podría ocasionar que, en determinados casos, fuera más fácil procesar un caso bajo aquella otra primera figura.<sup>203</sup>

### 3.3.4. El enfoque seguido por el Protocolo de Palermo en su combate de la trata

#### 3.3.4.1. Las 3Ps en la trata como delito

El Protocolo de Palermo consagra en su texto cuál es el enfoque que deben seguir los Estados para combatir la trata. Para cumplir con su finalidad, los Estados deberán prevenir la trata de personas, combatirla, proteger y asistir a sus víctimas y, como fin primordial que abarca todos los demás, promover la cooperación con otros Estados para lograr la consecución de tales objetivos.<sup>204</sup> Desde su mismo preámbulo el instrumento declara que para que una acción para suprimir la trata de personas sea eficaz, requiere de una aproximación comprehensiva que incluya la previsión de medidas para prevenirla, punir a los tratantes y proteger a las víctimas. Durante los *travaux préparatoires* se entendió que, en la disposición principal del tratado, el término punir – *punish* –, al que primeramente se habría recurrido, debía ser remplazado o precedido por las palabras *procesar* o *combater* – *prosecute* o *combat* –.<sup>205</sup> Esta manifestación se impondría con fuerza llevando a entender que un triple acercamiento al combate de la trata, basado en la prevención del delito, el procesamiento de los delincuentes y la protección de las víctimas, esto es, fundado en las tradicionalmente conocidas como *las 3Ps*, sería la guía para organizar las respuestas estratégicas contra la trata.

En efecto, estas 3Ps han sido generalmente aceptadas como los tres pilares sobre los cuales se erige el marco de acción requerido para implementar este tratado.<sup>206</sup> Su

---

<sup>203</sup> Anne T. Gallagher and Fiona David, *The International Law of Migrant Smuggling*. (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), 381-4.

<sup>204</sup> Artículo 2 de la “Finalidad” del Protocolo de Palermo.

<sup>205</sup> U.N. AGNU. *Ad Hoc* Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime, *Revised draft Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*. Sixth session, Vienna, 6-17 December 1999, (UN Doc. A/AC.254/4/Add.3/Rev.4), pie de página 9.

<sup>206</sup> Por ejemplo, desde la UNODC se declara que la construcción de las medidas operacionales para satisfacer las disposiciones del Protocolo de Palermo se basa en la triple clasificación “prevention, protection, prosecution” o sobre las 3Ps (U.N. UNODC. *International Framework for Action To Implement the Trafficking in Persons Protocol*. (New York, 2009), 3.

aceptación ha sido tal que, incluso, superando las fronteras del Palermo, esta triple perspectiva habrá sido retomada posteriormente, en el ordenamiento regional europeo al incluirse en el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos del año 2005. Allí se ha considerado que las 3Ps son fundamentales para el desarrollo de una estrategia eficaz para combatir la trata de personas, la cual, requerirá a tal fin una aproximación multidisciplinar que incorpore la prevención de la trata, la protección de las personas tratadas y el procesamiento de los tratantes.<sup>207</sup>

Si bien de base esto es así, con el transcurso del tiempo, se integrarán nuevas aproximaciones al combate de la trata de personas expandiéndose el número de pilares. A este respecto se daría una progresión. Por ejemplo, superando la presentación clásica de los tres pilares pero manteniendo la misma estructura dinámica en la presentación de la nomenclatura, desde el Grupo Interinstitucional de Cooperación contra la Trata de Personas se sostiene la adecuación de enfrentar el abordaje de la trata de personas sobre una estructura de cuatro pilares, *las 4Ps*. Aquí, junto a la prevención, la protección y el procesamiento se incluiría la participación – *partnership* – sin la cual el anterior enfoque se habría considerado inadecuado al estimarse incompleto. Aquel cuarto pilar podría concretarse tanto en procesos informales como formales donde se acordasen medidas de cooperación para combatir la trata de personas.<sup>208</sup>

Asimismo, otros presentarán nuevas adhesiones que tendrán mucho que ver con la llegada de la asunción completa de la conceptualización de la trata de personas como una violación de derechos humanos, y no meramente como un delito, la cual, como se verá justo en el epígrafe siguiente, no era aún evidente en los tiempos del Protocolo de Palermo. Bajo tal perspectiva, la Relatora Especial sobre la trata, Joy Ngozi Ezeilo, tras haber trabajado sus primeros años con las 3Ps, habrá hecho aumentar los pilares hasta ocho. En el año 2009 organizará las estrategias de erradicación de la trata de personas basándose en *las 5Ps y las 3Rs*, a saber, la punición – *punishment* – y la promoción – *promotion* –, la reparación – *redress* –, la rehabilitación – *rehabilitation* – y la reinserción – *reintegration* –. Los dos primeros pilares estarían centrados en justicia

---

[https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Framework\\_for\\_Action\\_TIP.pdf](https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Framework_for_Action_TIP.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017]).

<sup>207</sup> COE. *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*. CETS No. 197 (Warsaw 16.V.2005), párr. 4, 19.

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?DocumentId=09000016800d3812> [Consultado el 20 de julio de 2017].

<sup>208</sup> U.N. ICAT. *An analytical review 10 years on from the adoption...*, 37 y 38.



penal y supondrían la punición de los perpetradores y la no-punición de las víctimas, y la promoción de la cooperación internacional. Los tres siguientes buscarían la reparación de las víctimas, su rehabilitación y su reinserción permitiéndoles adquirir un papel constructivo en la sociedad.<sup>209</sup> Un año más tarde, sumaría tres pilares más, dando un total de once. La aproximación multidisciplinar se compondría por *las 5Ps*, *las 3Rs*, y *las 3Cs*, a saber, capacidad – *capacity* –, coordinación – *coordination* – y cooperación – *cooperation* –.<sup>210</sup> Los siguientes años de mandato de la Relatora transcurrirán guiados por este nuevo enfoque múltiple considerando que, bajo su dictado, dará forma y promocionará una visión coherente y comprehensiva de una respuesta eficaz a la trata de personas y basada en los derechos humanos.<sup>211</sup>

Con independencia de esta evolución posterior, en los tiempos del Protocolo de Palermo las 3Ps serían el enfoque seguido. En su virtud, una acción eficaz para erradicar la trata de personas requerirá una aproximación comprehensiva que incluya la previsión de medidas destinadas a prevenirla, a procesar a los tratantes y a proteger a las víctimas. El catálogo de medidas que los Estados deberían adoptar vendrá establecido en el propio instrumento y aunque, a primera vista, parecen mostrar un plan de afrontamiento completo y satisfactorio, una aproximación un poco más detallada pondrá de relieve algunas cuestiones e insuficiencias que merecen ser comentadas.

#### 3.3.4.2. Las medidas de protección de las víctimas y la ausencia de un enfoque de derechos humanos en Palermo

Para introducir el cariz que adopta la protección de las víctimas de la trata de personas

---

<sup>209</sup> U.N. AGNU. HRC. *Report submitted by the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children, Joy Ngozi Ezeilo. Promotion and Protection of all Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, including the Right to Development*. 20 February 2009, (UN Doc. A/HRC/10/16), pp. 25 y 26.

<sup>210</sup> Esta declaración parece haber sido emitida por la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, por primera vez en el año 2010. En concreto se ha expuesto que: “JOY NGOZI EZEILO, the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children, presented her thematic report focused on prevention of trafficking in persons and her activities during the period under review. While congratulating the Assembly for the recent adoption of the Global Plan of Action against Trafficking in Persons, she stated that trafficking in persons continued to pose serious challenges to humanity. **She advocated a framework based on the “5Ps” (protection, prosecution, punishment, prevention and promotion of international cooperation), “3Rs” (redress, rehabilitation/recovery and reintegration of trafficked persons) and “3Cs” (capacity, coordination and cooperation)**” (Resaltado añadido) (U.N. AGNU. Statement made by the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children to the Third Committee on 25 October 2010 during the sixty-fifth session of the General Assembly. En: <http://www.un.org/press/en/2010/gashc3987.Doc.htm> [Consultado el 20 de julio 2017]).

<sup>211</sup> U.N. AGNU. HRC. *Report of the Special Rapporteur on trafficking in persons...*, (UN Doc. A/HRC/26/37), párr. 34.

bajo el Protocolo de Palermo, debe atenderse a dos tipos de declaraciones contenidas en su preámbulo. Como punto de partida, al exponer las motivaciones que llevaban a la conclusión del nuevo instrumento, los Estados Parte expresarían que en la lucha eficaz contra la trata de personas se requiere proteger a sus víctimas, “en particular amparando sus derechos humanos internacionalmente reconocidos”, y que la necesidad de los Estados de proveerse de un instrumento universal capaz de abordar todos los aspectos de la trata tendría como fin que las personas vulnerables a ella estuvieran suficientemente protegidas. Junto a esto, los Estados acordaban que debía complementarse la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional con un instrumento internacional dirigido a prevenir y combatir el delito de la trata de personas.

Leyendo conjuntamente estas dos líneas motivacionales, expuestas como la carta de presentación del Protocolo de Palermo, parecería entenderse que el instrumento internacional acordado a continuación enfocaría el abordaje de la trata de personas entendiéndola desde una doble perspectiva. Desde una de ellas, la *trata violación de derechos humanos* requeriría, como tal, que los derechos humanos de las víctimas y de las personas vulnerables a ella se colocaran en el centro de las actuaciones. Desde la otra, aquella visión conviviría con las exigencias derivadas de una *trata delito* que necesitaría de una respuesta penal.

A pesar de que la declaración de esta aparentemente clara dualidad empuja a entender que ambas visiones dominarán las disposiciones del tratado de forma conjunta, como diferentes caras de una misma moneda, la realidad del contenido normativo del Protocolo de Palermo será otra. En esto, las dudas sobre la veracidad del doble enfoque surgen cuando se busca a la perspectiva de derechos humanos dentro de las disposiciones del tratado.

A este respecto es cierto que, dentro de las disposiciones de carácter normativo de Palermo, el tratado asume como una de sus finalidades la protección y ayuda de las víctimas de la trata respetando plenamente sus derechos humanos - Artículo 2 (b) -. Para nutrir este objetivo, su texto contiene una batería de medidas de protección y asistencia a las víctimas. Éstas consisten en, cuando proceda y en la medida en que lo permita el derecho interno de los Estados Parte, proteger la privacidad e identidad de las víctimas procurando que los procedimientos legales sean confidenciales, y en velar por

informarlas sobre los procedimientos administrativos y judiciales y posibilitar que sus opiniones se examinen en las etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes. También implica considerar la posibilidad de prever la recuperación física, psicológica y social de las víctimas suministrándoles alojamiento, asesoramiento e información en un idioma comprensible sobre sus derechos jurídicos, además de asistencia médica, psicológica, material y oportunidades de empleo, educación y capacitación, teniéndose en cuenta, para ello, la edad, el sexo y sus necesidades especiales, en particular ante el caso de niños. A esto se añade la recomendación de esforzarse por prever la seguridad física de las víctimas en su territorio y de asegurar que el ordenamiento jurídico interno les proporcione la posibilidad de obtener compensación.<sup>212</sup>

En todo este conjunto de medidas destinadas a la protección de las víctimas sorprende que, tanto cuando están vinculadas a la existencia de un proceso penal como cuando no, se anteceden siempre de términos poco categóricos entre los que destacan expresiones como *los Estados Parte se esforzarán*, o *cuando proceda y en la medida que lo permita el derecho interno, tendrán en cuenta*, o *considerarán la posibilidad*. El tenor opcional en el que han sido concebidas las ha convertido en objeto de crítica al considerarse que se habría hecho muy poco por constituir verdaderas obligaciones en materia de protección de víctimas.<sup>213</sup> Esta ligereza en la constitución de su poder vinculante impediría afirmar que se haya producido una verdadera consagración en el articulado de Palermo de aquella idea inicialmente declarada en su preámbulo y retomada en sus finalidades por la cual el amparo de los derechos humanos de las víctimas y de las personas vulnerables a la trata era motor de las actuaciones dirigidas a su protección. Es decir, difícilmente se puede mantener que allí se aborde a la *trata violación de derechos humanos*.

Esto sería así a pesar de que en los tiempos de Palermo la conexión entre trata de personas y violación de derechos humanos ya habría tenido lugar. Retomando referencias ya hechas sobre la asunción de tal vínculo, cabe rememorar cómo el discurso generalizado en la comunidad internacional en varias conferencias se basaba, tomando el testigo introducido por la CEDAW, en una visión de la trata como una violación de derechos humanos que requeriría que las medidas adoptadas para su represión se

---

<sup>212</sup> Artículo 6 de la “Asistencia y protección a las víctimas de la trata de personas” Protocolo de Palermo.

<sup>213</sup> Gallagher, “Human Rights and the New UN Protocols...”, 990.

concibieran bajo un enfoque de este tipo. Sin embargo, se ve que tal enlace no habría sido asumido en plenitud como consustancial al combate de la trata de personas.

Esto mismo ha sido resaltado por Gallagher quien afirma que, durante las negociaciones del acuerdo, la integración de los derechos humanos en su cuerpo final no era una idea uniformemente extendida y frente a aquellos que hacían esfuerzos en su favor se encontraban quienes opinaban que lo que se gestaba allí no iba sobre derechos humanos y que, por ello, mostrando escaso entendimiento del papel del Estado como posible responsable en situaciones de trata de personas, afirmaban que ellos no podían ser responsables de lo que hacían los criminales y que, de hecho, si no fuese porque necesitaban la cooperación de otros países para atraparlos, ni siquiera estarían allí.<sup>214</sup> Esto no debería sorprender en exceso. A fin de cuentas, el Protocolo de Palermo se estaba creando como un instrumento que complementaría a una Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional a través del cual, en razón de su ámbito de aplicación, los Estados cooperarían para combatir el delito transnacional. Esto supone que, en definitiva, lo que allí se tenía entre manos era derecho transnacional. Siguiendo a Neil Boister, esto calificaría ante todo a Palermo como “derecho que suprime el crimen que trasciende las fronteras nacionales” definido como la “represión indirecta por el derecho internacional a través de derecho penal nacional de actividades criminales que tienen efectos transfronterizos actuales o potenciales”.<sup>215</sup>

De esta manera, aquella aparente clara dualidad declarada que llevaba a pensar que junto al combate contra la *trata delito* conviviría el afrontamiento de la *trata violación de derechos humanos*, no sería tal. Palermo se había concebido fundamentalmente como un instrumento dirigido a promover la cooperación en las actuaciones de los Estados sobre una base de derecho penal y no de derechos humanos.

Si bien esto sería así, no por ello habría que caer en la desesperanza. Ya se adelantó que la llegada de este tratado marcaría el inicio de una nueva etapa al haberse recorrido los primeros pasos para entender a la trata simultáneamente bajo ambas perspectivas. Ciertamente, el tipo de medidas de protección allí introducidas, aunque opcionales, son más exhaustivas en su elaboración de contenido y más enfocadas en algunas de sus intenciones a la salvaguarda de los derechos humanos de las víctimas que cualquier

---

<sup>214</sup> Gallagher, *The International Law of Human Trafficking*, e-book, lector Kindle 6% pos 1211.

<sup>215</sup> Neil Boister, *An Introduction to Transnational Criminal Law*. (Oxford: Oxford University Press, 2012: 13.

consideración precedente vislumbrada en cualquiera de los tratados anteriores ya expuestos sobre la materia. Aunque, obviamente, esto no compensa sus insuficiencias. En cualquier caso, la idea de la conexión entre ambas visiones estaba presente y, de hecho, había sido puesta de relieve durante los *travaux préparatoires*. Allí, el *Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos* se habría opuesto a su exclusión haciendo notar que las disposiciones del cuerpo del texto destinadas a proteger y asistir a las víctimas eran demasiado vagas y que debían ser acordes a las normas internacionales fundamentales relativas a los derechos humanos.<sup>216</sup> En la misma línea discursiva, la *Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados*, UNICEF y la *Organización Internacional para las Migraciones* mantenían que debían buscarse dos grandes propósitos, a saber, eliminar el delito de la trata y apoyar y proteger a las víctimas.<sup>217</sup>

En todo caso, dejando a un lado lo que se intentó ante lo que efectivamente se concretó, Allain ha comentado que la detección de aquellas carencias en Palermo habría sido el detonante para que posteriormente se fortaleciera en otros foros el enfoque de derechos humanos de la trata, el cual terminará imponiéndose, colocando a las víctimas y a la conservación de su integridad en el centro de las actuaciones dirigidas a suprimir el delito. El autor argumenta que el mejor indicador de que no se está ante un tratado de derechos humanos es el hecho de que el Consejo de Europa sintió la obligación de adoptar su propia Convención contra la trata en el año 2005 para incluir obligaciones vinculantes en este ámbito.<sup>218</sup> En efecto, como se expone en el informe explicativo que acompaña a este último tratado, con posterioridad a Palermo se habría considerado que la percepción del fenómeno de la trata y de las medidas a adoptar para combatirla de manera eficaz habrían evolucionado y que, en razón de tal motivo, era necesario redactar un nuevo instrumento legalmente vinculante orientado hacia la protección de los derechos de las víctimas y el respeto de los derechos humanos, y que estableciera un correcto balance entre los asuntos concernientes a los derechos humanos y al

---

<sup>216</sup> U.N. AGNU. *Ad Hoc* Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime. *Informal note by the United Nations High Commissioner for Human Rights*. Fourth session, Vienna, 28 June-9 July 1999, (UN Doc. A/AC.254/16), párr. 11.

<sup>217</sup> U.N. AGNU. *Ad Hoc* Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime, *Note by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, the United Nations Children's Fund and the International Organization for Migration on the draft protocols concerning migrant smuggling and trafficking in persons*. Eighth session, 21 February-3 March 2000, (UN Doc. A/AC.254/27), párr.3.

<sup>218</sup> Allain, "No Effective Trafficking Definition Exists", 122.

enjuiciamiento.<sup>219</sup> El cotejo de este grado de compromiso con la garantía de los derechos humanos que habrán adquirido uno y otro instrumento, se expondrá más adelante (*vid ut infra* apdo. 4.2. Capítulo III).

A pesar de las debilidades de Palermo en cuanto a la protección y asistencia de las víctimas, Gallagher indica que este no habría sido un fallo fatal gracias a la labor realizada en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos.<sup>220</sup> Efectivamente, el compromiso de los sistemas de protección de los derechos humanos con el combate de la trata existe y está activo (*vid ut infra* Capítulos III y IV). Sin embargo, la asunción plena y generalizada de la perspectiva de la trata de personas como una violación de derechos humanos habrá llevado su tiempo. En tal sentido, Joan Fitzpatrick transmitía su sentir sobre la situación en el año 2003 comentando que “la dimensión de derechos humanos de la trata (...) está sólo empezando a ser efectivamente tomada en cuenta en las estrategias de lucha contra la trata [puesto que] la trata ha sido vista tradicionalmente por la comunidad internacional como un medio de controlar el crimen y asuntos migratorios”.<sup>221</sup> No obstante, poco después, la Sra. Sigma Huda, Relatora Especial sobre la trata, declaraba con vehemencia que la trata de personas “representa la negación de virtualmente todos los derechos humanos”.<sup>222</sup>

Un apunte final merece presentarse como desenlace de este apartado. La perspectiva de derechos humanos de la trata, aunque no fue promovida de manera originaria en Palermo, ha ido permeado a su puesta en funcionamiento en la práctica. Así, en el décimo aniversario de su vigencia se admitiría desde la UNODC, esto es, desde la oficina de las Naciones Unidas que daría origen al tratado – y fuera del terreno del derecho internacional de los derechos humanos – que, para lograr una correcta implementación del instrumento, es necesario que sus Estados Parte den una respuesta penal comprehensiva y efectiva susceptible de mantener un balance entre el procesamiento de los culpables y la asistencia y protección de las víctimas.<sup>223</sup> Al fin y al

---

<sup>219</sup> COE. *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, párr. 29.

<sup>220</sup> Gallagher, *The International Law of Human Trafficking*, e-book, lector Kindle 6% pos 1211.

<sup>221</sup> Joan Fitzpatrick, “Trafficking as a human rights violation: The complex intersection of legal frameworks for conceptualizing and combating trafficking”, *Michigan Journal of International Law* 24 Issue 4 (2003):1144-45.

<sup>222</sup> U.N. ECOSOC. Commission on Human Right. *Report of the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children, Ms. Sigma Huda. Integration of the Human Rights of Women and the Gender Perspective*. 22 December 2004, (UN Doc. E/CN.4/2005/71), p. 2.

<sup>223</sup> U.N. ICAT. *An analytical review 10 years on from the adoption...*, 63 y 64.

cabo ya lo decía su propio preámbulo: una acción eficaz para combatir la trata pasa por proteger a las víctimas y a sus derechos.

### 3.3.4.3. Las medidas de prevención y el rol del consentimiento en su determinación

De entre los tres pilares tradicionales en los que se ha fundado el abordaje de la trata de personas, aquel dirigido a prevenir su surgimiento, a evitar que ésta ocurra, es el único acercamiento estratégico capaz de garantizar su erradicación a lo largo del tiempo. Como ha destacado la Relatora Especial sobre la trata Joy Ngozi Ezeilo, “el papel de la prevención es crítico para asegurar que el crimen de la trata no llega a ocurrir en primer lugar”.<sup>224</sup>

El Protocolo de Palermo da inicio a su preámbulo exponiendo que, para combatir eficazmente la trata de personas, se requiere adoptar medidas que la prevengan. Esta finalidad del tratado supondrá que se establezcan políticas, programas, u otras medidas de carácter amplio, destinadas a evitar que surjan casos de trata de personas y a proteger a las víctimas actuales de un nuevo riesgo de victimización. Para lograr tal fin, el catálogo propuesto en tono optativo y ejemplificativo – los “Estados Parte *procurarán* aplicar *medidas tales como*” – recoge el establecimiento de actividades de investigación, campañas de información y difusión, iniciativas sociales y económicas las cuales, cuando proceda, incluirán la cooperación con ONGs y otros sectores de la sociedad civil. A su vez, se prevé la adopción de medidas que se dirijan a mitigar aquellos factores que hacen a las personas vulnerables a la trata tales como la pobreza, el subdesarrollo y la falta de oportunidades equitativas y, en otro rango de cosas, de medidas conducentes a desalentar la demanda que alimenta cualquier forma de explotación de personas que lleva a la trata – Artículo 9 –. En el listado expuesto, se puede observar que las distintas medidas preventivas podrían agruparse en dos categorías generales, a saber, aquellas medidas establecidas para prevenir la aparición de nuevos casos de trata y aquellas otras dirigidas hacia las situaciones generadoras de vulnerabilidades en las personas.

El catálogo propuesto no es una lista exhaustiva. Obviamente esto no es una crítica. Difícilmente se podría haber previsto una enumeración definitiva de los factores que

---

<sup>224</sup> “The role of prevention is critical in ensuring that the crime of trafficking does not occur in the first place” (U.N. AGNU. *Report of the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children*, Joy Ngozi Ezeilo. 9 August 2010, (UN Doc. A/65/288), párr. 16).

hacen a las personas vulnerables para combatirlos. Es por ello que los Estados deberán atender a cuáles son las causas fundamentales que crean o incrementan la vulnerabilidad de los individuos ante la trata con vistas a enfrentarlas a través de una gama de medidas que las prevengan. Este tema tiene sus propias terminologías y, como ya se adelantó, es aquí donde el consentimiento de la víctima juega un rol importante.

La cosa va así. Las causas fundamentales – *root causes* – crean o incrementan la vulnerabilidad de las personas y por eso deben ser prevenidas. Son, a su vez, un indicador que muestra dónde se deben aplicar las medidas de prevención – allí donde se localiza la causa –, sobre quién o quienes deben aplicarse – sobre quienes soportan la causa – y sobre cuál podría ser el contenido de la medida de prevención – acciones dirigidas a la reducción o supresión de las dimensiones que generan la vulnerabilidad –. Estas causas se identifican con factores que ejercen presión sobre las víctimas empujándolas a salir de la situación en la que se encuentran – los denominados *push factors* –, con factores que atraen a las víctimas potenciales hacia nuevas situaciones – *pull factors* – y con factores que posibilitan el ejercicio de la trata – *facilitating factors* – permitiendo el surgimiento, en su combinación, de los flujos de trata de personas.

Con este esquema en mente los Estados pueden elaborar medidas de prevención de la trata específicas a sus circunstancias. Entendiendo que esta explicación puede, en principio, parecer intrincada, caben algunas explicaciones adicionales.

Seo-Young Cho ha puesto de relieve mediante análisis estadístico que no hay suficientes datos disponibles como para identificar una lista definitiva de las causas fundamentales de la trata.<sup>225</sup> Asimismo, se señala que, aunque algunas han sido consideradas como generales o regionales, estas pueden ser de carácter social, económico, cultural u otros tipos pudiendo diferir de un país a otro y ser específicas de un lugar.<sup>226</sup> Sin embargo, esto no quiere decir que no se puedan hacer algunas afirmaciones. Estudios realizados sobre la base de los datos existentes concluyen con que algunos factores recurrentes se revelarían como susceptibles de anticipar la posible presencia de flujos de trata. En particular, la presión demográfica y la pobreza,<sup>227</sup> o los

---

<sup>225</sup> Seo-Young Cho, “Modeling for Determinants of Human Trafficking. An Empirical Analysis”, *Social Inclusion* 3, Issue 1 (2015): 2.

<sup>226</sup> U.N. UNODC, *Toolkit to Combat Trafficking in Persons*, Global Programme against trafficking in Human Beings. (New York, 2008), 423. [https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/HT\\_Toolkit08\\_English.pdf](https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/HT_Toolkit08_English.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].

<sup>227</sup> Bales, “What Predicts Human Trafficking?”, 275.



bajos niveles de ingresos – indicando un vínculo entre la trata de personas y la migración económica – se identificarían como *push factors*.<sup>228</sup> La demanda de trabajos de baja cualificación o la percepción de oportunidades de empleo pueden constituir *pull factors*.<sup>229</sup> Junto a esto, para que el flujo de la trata de personas termine por emerger, se requiere la presencia de un factor que facilite su comisión. Los estudios han revelado tres principales *facilitating factors*. Uno de ellos es la presencia de redes criminales a quienes la trata de personas se les presenta como una actividad que implica una gran recompensa a un bajo costo, puesto que genera altos beneficios exponiéndose a un bajo riesgo y proporciona recursos humanos que pueden ser utilizados repetidamente a una baja inversión inicial.<sup>230</sup> Otro es el bajo nivel del cumplimiento de la ley. El último, es el alto nivel de corrupción,<sup>231</sup> el cual se considera clave en la continuidad de la trata.<sup>232</sup>

La atención a estos ingredientes permite a los Estados elaborar medidas de prevención de la trata específicas a sus circunstancias. Es bajo esta construcción que se aprecia cómo el tipo de medidas preventivas a elaborar están directamente conectadas al consentimiento de la víctima. En efecto, un examen sobre la motivación que mueve a la víctima a consentir proporciona una respuesta en cuanto a la dirección que deben tomar las medidas de prevención del delito en tanto que indica cuáles son las vulnerabilidades que darían origen al caso de trata.

Todo esto no es superfluo puesto que se han destacado las carencias generalizadas que se experimentan en el ámbito de la prevención en la práctica. La Relatora Especial, Joy Ngozi Ezeilo, ha puesto de relieve que con el paso del tiempo, y el inherente transcurrir de la vigencia del Protocolo de Palermo, se ha demostrado que, a pesar del papel crítico que juega la prevención para asegurar la supresión de la trata de personas, los Estados Parte han descuidado el desarrollo y la implementación de medidas de prevención sistemáticas y comprehensivas.<sup>233</sup> Asimismo, Jónína Einarisdóttir y Hamadou Boiro han denunciado la ineffectividad generalizada de las medidas de

---

<sup>228</sup> Cho, “Modeling for Determinants of Human Trafficking”, 11.

<sup>229</sup> Bales, “What Predicts Human Trafficking?”, 276.

<sup>230</sup> Bales, “What Predicts Human Trafficking?”, 269.

<sup>231</sup> Cho, “Modeling for Determinants of Human Trafficking”, 4 y 10.

<sup>232</sup> Transparency International. *Corruption and Human Trafficking*. Working Paper 03, 2011, 1 y 2. [http://issuu.com/transparencyinternational/docs/ti-working\\_paper\\_human\\_trafficking\\_28\\_jun\\_2011?mode=window&backgroundcolor=%23222222](http://issuu.com/transparencyinternational/docs/ti-working_paper_human_trafficking_28_jun_2011?mode=window&backgroundcolor=%23222222) [Consultado el 20 de julio de 2017].

<sup>233</sup> U.N. AGNU. *Report of the Special Rapporteur on trafficking in persons...*, (UN Doc. A/65/288), párr. 16.

prevención de la trata que se han venido adoptando tras Palermo y admiten que la situación actual requiere afrontar las causas fundamentales de la trata aplicando estrategias sensibles con el contexto. Sobre esta falta de eficacia, advierten de que la inversión de los recursos tiende principalmente a colocarse en proyectos legales antes de centrarse sobre los factores considerados como causas principales de la trata lo cual supone que no se mitiga la pobreza, ni se fomentan la protección social o la educación impidiendo prevenir eficazmente el delito.<sup>234</sup>

#### 3.3.4.4. La obligación de penalizar y otras medidas para combatir la trata de personas

##### 3.3.4.4.1. ¿Qué se penaliza bajo la obligación de penalizar la trata?

La ratificación o la adhesión de un Estado al Protocolo de Palermo conlleva la asunción de la obligación de adoptar las medidas legislativas o, como adicionales a éstas, medidas de otra índole, que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno las conductas que conforman la trata de personas cuando hayan sido perpetradas intencionalmente. Se incluye el castigo de la tentativa, de la participación como cómplice y de la dirección u organización de otras personas con vistas a su comisión – Artículo 5 –. Esto supone que la obligación de penalizar la trata de personas sería infringida por aquellos Estados que no la tipificaran en sus ordenamientos jurídicos internos o por todos aquellos que, aun introduciéndola, no lo hicieran en los términos establecidos en Palermo lo cual además llevaría, tal y como fue expuesto, a la desvirtuación de la figura al haber alterado su verdadera esencia (*vid ut supra* apdo. 3.3.2.4. Capítulo I).

La trata es un delito de consumación anticipada.<sup>235</sup> Ésta se penaliza como una combinación de elementos, de manera que cualquier conducta que aúne alguna de las acciones y de los medios listados y que se dirija intencionalmente a alguna de las finalidades de explotación será castigada como trata de personas sin necesidad de que

---

<sup>234</sup> Jónína Einarisdóttir and Hamadou Boiro, “The Palermo Protocol: Trafficking takes it All”, *Icelandic Review of Politics and Administration* 10, Issue 2 (2014): 391 y 392.

<sup>235</sup> Esto supone que la consumación formal del delito representa un estadio previo al total menoscabo del bien jurídico protegido. Se habría asignado la total punibilidad antes de producirse la máxima gravedad del ataque al buscarse adelantar la barrera de protección del bien jurídico. Con posterioridad a este punto, el injusto adquiriría su máxima gravedad en la zona posterior de terminación (Emiliano Borja Jiménez, “La terminación del delito”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 48, Fasc/Mes 1 (1995): 139 y 140).

tal explotación llegue a tener lugar.<sup>236</sup> En la Conferencia de las Partes se ha resaltado que esto es particularmente eficaz en aquellos casos en los que el proceso de trata cubre un periodo relativamente largo y es interrumpido por las autoridades antes de completarse.<sup>237</sup>

En el ámbito de la tipificación del delito surgen discrepancias sobre la obligatoriedad de castigar las conductas relacionadas con la trata, entendiéndose por ellas al listado de propósitos de explotación enumerados en Palermo. Algunos han entendido que los elementos individuales no necesitan ser criminalizados por los Estados Parte puesto que éstos son libres de incluirlos o mantenerlos en sus ordenamientos internos.<sup>238</sup> Esta postura se basa en una interpretación extensiva de una nota interpretativa elaborada por el Comité *Ad Hoc* ocupado de desarrollar la Convención contra la Delincuencia Organizada. Durante las negociaciones de los *travaux préparatoires*, el Comité *Ad Hoc* acordaría que el Protocolo de Palermo abordaría la explotación de la prostitución de otros y otras formas de explotación sexual tan sólo en el contexto de la trata de personas reservando a los Estados Parte el afrontamiento de la prostitución en sus respectivas leyes nacionales.<sup>239</sup> Frente a estos que defienden el libre arbitrio en las legislaciones nacionales, se posiciona una postura que promueve la integración de una perspectiva de derechos humanos en la normativa, en las políticas y en las intervenciones contra la trata de personas. Impulsada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la Sra. Mary Robinson, se concreta en unos *Principios y Directrices Recomendados sobre Derechos Humanos y Trata de Personas* de entre los cuales se establece que los Estados deberán adoptar las medidas legislativas u otras necesarias para tipificar como delito, además de a los actos que componen la trata, a sus conductas relacionadas. Esto supone la

---

<sup>236</sup> Ver a este respecto la guía legislativa para la implementación del Protocolo de Palermo como parte de la guía legislativa para la Convención a la que acompaña cuyo propósito principal es asistir a los Estados que se preparan para la ratificación o la implementación de la Convención y sus Protocolos ayudando a los legisladores nacionales, aunque no tienen la intención de proporcionar una interpretación legal definitiva y no tienen carácter imperativo (U.N. UNODC, *Legislative Guides for the Implementation*, p. xv, 268 y 269, párr. 33.)

<sup>237</sup> U.N. Conference of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, *Implementation of the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*. Second session, Vienna, 10-21 October 2005, (UN Doc. CTOC/COP/2005/3), párr. 39 y 40.

<sup>238</sup> U.N. UNODC. *Legislative Guides for the Implementation*, 268-269, párr. 33.

<sup>239</sup> U.N. AGNU. Report of the *Ad Hoc* Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime on the work of its first to eleventh sessions. *Addendum: Interpretative notes...* (UN Doc. A/55/383/Add.1), párr. 64.

penalización de la explotación de la prostitución de otros y otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud y la servidumbre cuando no estén vinculadas a la trata.<sup>240</sup>

A pesar del desencuentro de opiniones, debe hacerse notar que incluso desde la primera de las posturas se admite que en determinados casos el reconocimiento de los elementos individuales como delitos adicionales podría apoyar la finalidad de Palermo.<sup>241</sup> Esta conveniencia ha sido justificada desde la segunda postura poniendo de relieve un aspecto práctico que respaldaría la penalización de las conductas relacionadas a la trata. Según esto, la experiencia habría mostrado que la trata de personas es un delito complejo a veces difícil de probar por lo que investigar y procesar los delitos individuales podría en ocasiones ser más sencillo y aseguraría más condenas contra los tratantes. Desde esta perspectiva, esto sería particularmente útil en aquellos Estados donde aún no existe un delito individual de trata de personas, o donde las penas no reflejan la gravedad del crimen, o en los casos particulares donde no hubiera elementos probatorios suficientes para sostener un procesamiento por trata pero sí por sus delitos relacionados.<sup>242</sup>

De cualquier manera, incluso apreciándose la oportunidad de la penalización de las conductas relacionadas, ésta no habría sido una obligación asumida por los Estados Parte de Palermo. En efecto, en su articulado no se encuentra tal previsión y la única referencia contenida en los *travaux préparatoires* al respecto no sólo no apoya la identificación de un mandato de tipificarlas separadamente sino que cuando se ha pronunciado al respecto ha sido para conceder libre arbitrio a los Estados. No obstante, es cierto y habría que apuntar que la precisión se hacía en exclusiva sobre la explotación de la prostitución de otros y otras formas de explotación sexual lo cual no sorprende puesto que en Palermo – esto ya se sabe – se había evitado tomar partido en el debate sobre la prostitución.

---

<sup>240</sup> U.N. ECOSOC. *Recommended Principles and Guidelines on Human Rights and Human Trafficking. Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights to the Economic and Social Council*. 1-26 July 2002, (UN Doc. E/2002/68/Add.1), Recommended Principle No. 12 y pie de página 3, p. 4.

<sup>241</sup> U.N. UNODC. *Legislative Guides for the Implementation*, 268-269, párr. 33.

<sup>242</sup> U.N. OHCHR. *Commentary. Recommended Principles and Guidelines on Human Rights and Human Trafficking*. (New York and Geneva, 2010), 188 y 189. [http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Commentary\\_Human\\_Trafficking\\_en.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Commentary_Human_Trafficking_en.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].

#### 3.3.4.4.2. La obligación de procesar a los tratantes y la merma de los derechos humanos

El combate de la trata en Palermo incluye a la obligación de penalizar la trata y a la obligación de procesar a los tratantes. El procesamiento se erige como la razón de ser del tratado y patentiza la visión que allí domina sobre el afrontamiento de la trata. Esto es, la trata es un delito y el Protocolo de Palermo ha de desempeñar el rol de posibilitar la cooperación entre los Estados Parte cuando se dirijan a erradicarla y, ya de paso, a controlar las migraciones. A estos respectos se establecen numerosas medidas a adoptar por los Estados. Sin intención de exhaustividad se incluyen medidas fronterizas para detectar casos de trata, la verificación de la calidad de los documentos de viaje o de identidad, la cooperación en el intercambio de información entre las autoridades competentes para determinar cuestiones sobre la identidad de los tratantes y de los tratados o sobre los medios utilizados por los grupos delictivos organizados, la impartición de capacitación a los funcionarios pertinentes en atención a su proximidad a las situaciones de trata – como, por ejemplo, a los de inmigración o a los encargados de hacer cumplir la ley – y la cooperación con organizaciones no gubernamentales y otros sectores de la sociedad civil – Artículos 10, 11 y 12 –.

La cuestión, sin embargo, no es sólo que en Palermo no coexistan el afrontamiento del delito y el de la violación de derechos humanos sino que, yendo más allá, el combate del delito en ocasiones merma los derechos humanos de las víctimas.

Véase, por ejemplo, el trasfondo de las medidas destinadas a permitir la residencia de las víctimas. Los Estados Parte en Palermo deben considerar la adopción de medidas que permitan a las víctimas permanecer en su territorio, temporal o permanentemente, cuando fuese apropiado. Como “considerar” implica una valoración, el tratado prevé, acto seguido, que para evaluar tal conveniencia el Estado dé la debida consideración a factores humanitarios y compasivos – Artículo 7 –. Factores humanitarios se refiere a los derechos establecidos en los instrumentos de derechos humanos. Factores compasivos se refiere a circunstancias personales tales como la situación de la familia, la edad y otros a considerar caso por caso.<sup>243</sup> Esto llevaría a pensar a cualquiera que la conclusión del precepto habría sido movida por un espíritu de protección y asistencial,

---

<sup>243</sup> U.N. AGNU. *Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime, Revised draft Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*. Ninth session, Vienna, 5-16 June 2000, (UN Doc. A/AC.254/4/Add.3/Rev.6), pie de página 55.

pero si se pensara, se estaría muy lejos de la realidad.

Indagando un poco, puede comprobarse que durante los *travaux préparatoires*, la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias, hizo hincapié en los efectos que producía sobre las víctimas la amenaza de la deportación. Ésta disuadía a muchas de las personas tratadas de denunciar ante las autoridades. La solución propuesta consistiría en otorgar un estatus de residencia temporal, o en considerar la posibilidad de conceder la residencia permanente facilitándose, consecuentemente, el exitoso procesamiento y castigo de los tratantes.<sup>244</sup>

Ésta sería la motivación para los Estados, a saber, el hecho de procurarse elementos suficientes – en este caso el testimonio de las víctimas – para lograr procesar a los tratantes. Efectivamente, el mismo tenor opcional del artículo reflejaba las reticencias de los Estados a verse inexorablemente vinculados a cualquier otra consideración de los términos de este precepto el cual se percibía como una amenaza. Los representantes temían la posible cristalización de Palermo como un medio que facilitara la migración irregular a través de una disposición que permitiera a las víctimas permanecer en el país en el cual habían sido tratadas.<sup>245</sup> Esto obviamente no significaría que los Estados podrían adoptar una postura vulneradora de sus compromisos internacionales garantes de los derechos de las personas. A esto se refiere la cláusula de salvaguarda<sup>246</sup> contenida en el Protocolo en virtud de la cual ninguna de sus disposiciones debe afectar los derechos, obligaciones y responsabilidades generadas bajo el derecho internacional aplicable, incluyendo el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, haciendo particular referencia al principio de no discriminación, a la *Convención de 1951 y al Protocolo de 1967 relativo al Estatuto de los Refugiados* y al principio de non-refoulement.<sup>247</sup> Simplemente, significa que el interés de los Estados

---

<sup>244</sup> U.N. UNODC. *Travaux préparatoires del Protocolo de Palermo*. Nota sobre la posición mostrada sobre el Relator Especial sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, p. 378, también en (UN Doc. A/AC.254/CRP.13).

<sup>245</sup> U.N. AGNU. *Ad Hoc* Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime, *Revised draft Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*. Eleventh session, Vienna, 2-27 October 2000, (UN Doc. A/AC.254/4/Add.3/Rev.7), pie de página 28.

<sup>246</sup> Artículo 14 de la “Cláusula de salvaguarda” del Protocolo de Palermo.

<sup>247</sup> En virtud del principio de non-refoulement: “Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas” (Artículo 33 apartado 1 de la “Prohibición de expulsión y de devolución (*refoulement*)” de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, Adoptada en Ginebra, Suiza, el 28

en Palermo era el que era.

Obviamente la posibilidad propuesta por la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer no habría pretendido ir en detrimento de los derechos de las víctimas sino conseguir algún avance sobre la escasa voluntad de los Estados de protegerlas. Esta intención se vería de forma más nítida en la nota informal del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. En ella, primero defendería que la mera identificación de un individuo como persona tratada debía ser suficiente para asegurar que no acontecía su expulsión inmediata y que las medidas de protección y asistencia le eran inmediatamente aplicables para lo cual debía ofrecérsele la opción de, al menos, una residencia temporal. A continuación, para mostrar a los Estados que todo aquello tenía algún interés adicional para ellos, seguiría diciendo que, además, la concesión de la residencia fomentaría la cooperación de las víctimas con las autoridades contribuyendo a conseguir los objetivos de Palermo de hacer cumplir la ley.<sup>248</sup>

A pesar de todas estas buenas intenciones esta técnica se convertiría con el tiempo en un arma de doble filo. Se dijo que la vehemencia en combatir el delito mermaría, en ocasiones, los derechos humanos de las víctimas y esto sería lo ocurrido aquí. En concreto, sucedería que esta propuesta aparentemente fomentada para que los Estados aceptaran la aplicación de medidas beneficiosas para las víctimas daría resultados que son considerados, a día de hoy, desde los foros más especializados en la lucha contra la trata de personas a nivel internacional, como malas prácticas a ser erradicadas al mermar sus derechos humanos. En este sentido, en la práctica ha ocurrido que, en muchos casos, la concesión de la residencia y la protección a las víctimas ha sido condicionada a su colaboración con las autoridades. Tal acontecer ha sido el motivo, por ejemplo, de una comunicación enviada por la Relatora Especial sobre la trata de personas, la Sra. Sigma Huda, al Estado de Israel llamándole la atención sobre una serie de informaciones recibidas respecto a la situación sufrida allí por las víctimas de la trata, quienes se sentían presionadas a testificar puesto que sólo recibirían beneficios asistenciales si daban testimonio.<sup>249</sup> Como se verá, el mismo reproche habrá sido hecho

---

de julio de 1951, United Nations, Assembly General. *Convention relating to the status of refugees*. UNTS 189: 137).

<sup>248</sup> U.N. AGNU. *Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime. Informal note by the United Nations High Commissioner for Human Rights*. (UN Doc. A/AC.254/16), párr. 21.

<sup>249</sup> U.N. ECOSOC. Commission on Human Rights. *Report of the Special Rapporteur on the human rights aspects of the victims of trafficking in persons, especially women and children, Sigma Huda, Integration*

por el Comité CEDAW a varios países con ocasión de la comprobación del cumplimiento de sus obligaciones en materia de trata de personas (*vid ut infra* p. 201).

Esto pide que se haga un último apunte. Aquella preocupación de Kevin Bales o de David Weissbrodt y la Anti-Slavery International por la que temían que el Protocolo de Palermo fuera insuficiente para proteger a sus víctimas, al entender que allí no se contenía el afrontamiento de la trata nacional y el de aquella ejecutada por otros sujetos activos diferentes del crimen organizado, estaba desviada (*vid ut supra* p. 75). Como se ve, el problema de Palermo en la defensa de las víctimas es que, en realidad, no habría previsto un sistema fuerte de protección y asistencia bajo un enfoque de derechos humanos.

### 3.4. Una observación final

A primera vista podría parecer que un proceso histórico ha terminado. La trata de personas se habría ido configurando durante casi un siglo para, finalmente, lograrse un consenso ampliamente participativo sobre qué debía entenderse por ella. En este sentido, dejando a un lado cómo de acertadamente los Estados han implementado posteriormente la conceptualización de la trata en sus ordenamientos jurídicos nacionales, en sí misma la definición parece clara. Por ello se asume que quien esté implicado en la lucha contra la trata, evidentemente, conocerá lo que es la trata. Al fin y al cabo ya existe una definición bien delimitada que cuenta con el consenso de la comunidad internacional. Sin embargo, ninguna afirmación estará más lejos de la realidad. A partir de este punto del trabajo se verá que los malentendidos sobre sus elementos, en concreto sobre sus finalidades de explotación, raramente abandonan a la lucha contra la trata. Éstas son a veces erróneamente entendidas o a veces solapadas las unas con las otras. En el siguiente capítulo, en el Capítulo II, esto se verá con detenimiento. Pero su interés no quedará ahí. Como se ha dicho, estos conflictos generados dentro de los parámetros de delimitación de la trata raramente la abandonan y, por ello, volverán a surgir nuevamente con fuerza en el Capítulo IV.



## Capítulo II

### La finalidad de explotación en el Protocolo de Palermo

#### 1. La incorporación de múltiples “finalidades de explotación” en Palermo

Durante las negociaciones del Protocolo de Palermo, la primera presentación de una disposición que versaba sobre las finalidades de explotación a las que podía dirigirse la trata de personas preveía la erradicación de una trata destinada a la explotación sexual y al trabajo forzoso.<sup>250</sup> El enfoque no sorprende puesto que éstos eran los dos propósitos en los que venía centrándose la comunidad internacional. Así, cabe recordar, por ejemplo, que las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la supresión de la trata de personas emitidas previamente a las negociaciones de Palermo ya se movían en esta doble dirección (*vid ut supra* pp. 51-54). Asimismo, dando fuerza a la introducción del trabajo forzoso como posible forma de explotación en los casos de trata de personas, la Organización Internacional del Trabajo ya había impulsado a la fecha diversos informes sobre la trata con fin de explotación laboral o, incluso, la *Convención sobre las peores formas de trabajo infantil* la cual cubría aquella conducta.<sup>251</sup>

---

<sup>250</sup> U.N. AGNU. *Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime. Draft Protocol to combat...Proposal submitted by the United States of America*, (UN Doc. A/AC.254/4/Add.3), p. 2; U.N. AGNU. *Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime. Revised draft Protocol... Proposal submitted by Argentina and the United States of America*, (UN Doc. A/AC.254/4/Add.3/Rev.1), p. 2; U.N. AGNU. *Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime. Revised draft Protocol...* (UN Doc. A/AC.254/4/Add.3/Rev.2), p. 3.

<sup>251</sup> La Convención sobre las peores formas de trabajo infantil, de 1999 (C182-*Convention concerning the Prohibition and Immediate Action for the Elimination of the Worst Forms of Child Labour*, No. 182, ILO, adoptada el 17 de junio de 1999, en vigor el 19 de Noviembre del año 2000), condena a la trata de niños en su Artículo 3 como una de las peores formas de trabajo infantil: “For the purposes of this Convention, the term **the worst forms of child labour comprises**: (a) all forms of slavery or practices similar to slavery, such as the sale and **trafficking of children**, debt bondage and serfdom and forced or compulsory labour, including forced or compulsory recruitment of children for use in armed conflict (...)” (Resaltado añadido).

De igual manera, denunciando esta práctica en tiempos que anteceden al Protocolo de Palermo, se emiten informes en los que se proponían acciones contra la trata laboral (Ver, por ejemplo: Van de Glind and Claudia Coenjaerts. *Combating trafficking in children for labour exploitation in the Mekong sub-region: a proposed framework for ILO-IPEC action and proceedings of a Mekong sub-regional consultation*. (ILO/IPEC, January 1998)).

[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/documents/publication/wcms\\_bk\\_pb\\_3\\_en.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/documents/publication/wcms_bk_pb_3_en.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].

O, igualmente, se presentarían informes denunciando la situación específica de Tailandia donde se producen las peores formas de trabajo infantil (definidas bajo la Convención No. 182) incluyendo a la trata de niños (Ver, por ejemplo, Hervé Berger and Hans Van de Glind. *Children in prostitution, pornography and illicit activities in Thailand: magnitude of problems and remedies* (ILO/IPEC, January

Con los avances en los trabajos de Palermo, una nueva propuesta sugeriría optar por luchar contra la trata que estuviera dirigida, *particularmente*, a los fines de explotación sexual o de trabajo forzoso. Con la elección de esta nueva formulación se pondría sobre la mesa por vez primera la idea, después asentada, según la cual en la figura de la trata de personas, cabrían otras finalidades de explotación en adición a aquellas dos.<sup>252</sup>

A partir de aquel primer momento, la idea de que la explotación sexual y el trabajo forzoso no eran los fines únicos a los que podía enfocarse la actividad de la trata de personas se habría aceptado. En concreto, aquel *particularmente* pasaría a ser el *como mínimo* consagrado, finalmente, en la futura definición de la trata, pretendiéndose con él permitir a los Estados Parte tanto ir más allá en la criminalización de las ofensas listadas, como posibilitar que bajo Palermo cupieran futuras formas de explotación aún desconocidas.<sup>253</sup>

Como ya ha sido entendido, este reconocimiento de una pluralidad de finalidades a las que la trata es susceptible de dirigirse, establecida como una lista de mínimos, quebrará definitivamente la línea evolutiva recorrida por la configuración de la trata. Hasta aquel entonces, la trata habría venido, prácticamente siempre, asida de la mano del debate de la prostitución alcanzando su expresión máxima en la Convención de 1949 donde, definitivamente, se perdía completamente la visión de la trata como un delito autónomo asimilándosela plenamente a la intermediación en ejercicio de la prostitución. En el nuevo instrumento, se mostraría cómo la introducción de otras finalidades de explotación no tendría que haber encontrado traba alguna que fuera más allá de las derivadas de las preocupaciones y de las prioridades inherentes a su primera época, las cuales, como se ha visto, habrían venido siendo superadas con el tiempo hasta resultar en la producción de un instrumento internacional corolario, por lo menos sobre el papel, de la autonomía de la figura de la trata de personas. Esta matización consistente en afirmar que el corolario de la autonomía de la trata se da “por lo menos sobre el papel”, esto es, en derecho, es necesaria avanzarla puesto que se verá cómo,

---

1999)). [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/documents/publication/wcms\\_bk\\_pb\\_6\\_en.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/documents/publication/wcms_bk_pb_6_en.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].

<sup>252</sup> U.N. AGNU. *Ad Hoc* Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime, *Revised draft Protocol...*, (UN Doc.A/AC.254/4/Add.3/Rev.4), pie de página 10.

<sup>253</sup> “The words “at a minimum” will allow States Parties to **go beyond the offences listed in this definition** in criminalizing. It is also intended to make it possible for the Protocol **to cover future forms of exploitation** (i.e. forms of exploitation that are not yet known” (Resaltado añadido) (U.N. AGNU. *Ad Hoc* Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime, *Revised draft Protocol...*, (UN Doc. A/AC.254/4/Add.3/Rev.6), pie de página 31).

con recurrencia, de hecho, la trata de personas se habrá confundido en más de una ocasión con sus finalidades de explotación.

## 2. La explotación de la prostitución de otros y otras formas de explotación sexual

A la cabeza del listado de las finalidades de explotación a las que podría dirigirse la trata, enumeradas en el catálogo introducido por el Artículo 3 del Protocolo de Palermo, se encuentran la explotación de la prostitución de otros y otras formas de explotación sexual.

En los tiempos de las negociaciones, en un primer momento, el término único al que se hacía referencia era la explotación sexual. Dentro de ésta se preveían las figuras de, en el caso de adultos, la prostitución forzada, la servidumbre sexual y la participación en la producción de materiales pornográficos sin consentimiento libre e informado; y, en el caso de niños, la prostitución, la servidumbre sexual y el uso de pornografía infantil.<sup>254</sup> Esto es, dentro de aquella, junto a la tradicional explotación de la prostitución ajena se entenderían incluidas otras nuevas conductas.

No obstante, llegado el momento, se reformularía la redacción para incluir expresa y separadamente a la *explotación de la prostitución ajena* antecediendo a *otras formas de explotación sexual*. Con la primera expresión, se aclararía que la explotación a la que se hacía referencia permitía distinguir entre los individuos que extraían algún beneficio de su propia prostitución de aquellos que los derivaban de la prostitución de otros.<sup>255</sup> Con aquella escisión, la explotación de la prostitución quedaría fuera de la explotación sexual, y esta última se dejaría puesta sin ulterior determinación de un contenido nítido.

De hecho, más allá de establecerse la separación entre ambas figuras, no existe una mayor precisión sobre sus elementos constituyentes de forma que los conceptos quedarán indeterminados dejándose a lo que los Estados Parte entendieran en sus respectivas legislaciones por uno y otro término.<sup>256</sup> En relación al sentido que puede

---

<sup>254</sup> U.N. AGNU. *Ad Hoc* Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime, *Revised draft Protocol...*, (UN Doc. A/AC.254/4/Add.3/Rev.4), pp. 7 y 8.

<sup>255</sup> U.N. AGNU. *Ad Hoc* Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime, *Revised draft Protocol...*, (UN Doc. A/AC.254/4/Add.3/Rev.7), pie de página 11.

<sup>256</sup> Esta indeterminación en la previsión de contenido venía contenida en las notas interpretativas a los trabajos previos de Palermo los cuales concluían que: “The protocol addresses the exploitation of the prostitution of others and other forms of sexual exploitation only in the context of trafficking in persons. The terms “exploitation of the prostitution of others” or “other forms of sexual exploitation” are not defined in the protocol, which is therefore without prejudice to how States parties address prostitution in their respective domestic laws.” (U.N. AGNU. Report of the *Ad Hoc* Committee on the Elaboration of a

adoptar el contenido de estos tipos de explotación, la Ley Modelo contra la trata ha querido recordar que Palermo no criminaliza la prostitución permitiendo, entonces, la coexistencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos diferentes con independencia de que legalicen, regulen, toleren o criminalicen la prostitución voluntaria de adultos. De esta manera, la única caracterización relevante para determinar la ilicitud tanto de la explotación sexual, como de la explotación de la prostitución ajena – siendo entonces susceptibles de constituirse en finalidad de la trata de personas –, será aquella atribuida por el sistema legal de cada Estado Parte.<sup>257</sup>

En la Ley Modelo se propone un posible ejemplo de definición de explotación de la prostitución ajena. Según éste, aquella podría entenderse como la “obtención ilícita de un beneficio financiero o de otros beneficios materiales de la prostitución de otra persona”.<sup>258</sup>

Parte del contenido de esta proposición se puede poner en claro observando la terminología utilizada, durante las negociaciones de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, al delimitar el término de *grupos criminales organizados*. Allí, por aquellos se entenderá a “un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la (...) Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, *un beneficio económico u otro beneficio de orden material*” – Artículo 2 letra (a) –. Sobre esta definición, en las notas interpretativas correspondientes, se acordaría que el *beneficio económico u otro beneficio de orden material* obtenido del ejercicio de la actividad criminal debía ser entendido de manera amplia para incluir, por ejemplo, delitos motivados de manera predominante por la gratificación sexual, tales como la recepción o el intercambio de materiales por los miembros de redes de pornografía infantil, el intercambio de niños por miembros de redes de pedofilia o la distribución de la carga del costo entre los miembros.<sup>259</sup> La adecuación de tomar en cuenta esta determinación de sentido a la hora de interpretar la definición propuesta de explotación de la prostitución ajena por la Ley

---

Convention against Transnational Organized Crime on the work of its first to eleventh sessions. *Addendum: Interpretative notes...*, (UN Doc. A/55/383/Add.1), párr. 64).

<sup>257</sup> U.N. UNODC. *Model Law against Trafficking in Persons*, 9, 13 y 14.

<sup>258</sup> U.N. UNODC. *Model Law against Trafficking in Persons*, 9, 13.

<sup>259</sup> U.N. AGNU. Report of the *Ad Hoc* Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime on the work of its first to eleventh sessions. *Addendum: Interpretative notes...*, (UN Doc. A/55/383/Add.1), párr. 3.

Modelo derivaría del efecto *mutatis mutandis* (*vid ut supra* p. 71) el cual trae consigo que el beneficio a percibir por los tratantes de personas deba ser entendido en tales términos.

Sin embargo, si bien se infiere fácilmente que la intención de obtener un beneficio es la motivación que lleva a explotar la prostitución ajena, la Ley Modelo no va más allá en cuanto al contenido mismo de este tipo de explotación de las personas, en forma que no osa precisar la amplitud del abanico de conductas que ésta, o la explotación sexual, podrían comprender. La ausencia de concreción de contenido es, no obstante, tal y como ha sido expuesto, consecuencia de la necesaria indeterminación que propugna el Protocolo de Palermo. Así, poniendo de relieve la causa más probable de aquel silencio, la Ley Modelo señala que la omisión de una definición específica buscaba lograr el mayor número de ratificaciones posibles al nuevo tratado, evitando enfrentarse a las políticas internas sobre prostitución vigentes en los Estados.<sup>260</sup> Este tipo de concesiones en las tomas de decisión es habitual en el derecho internacional y, desde luego, no es nueva en los tratados sobre esta materia. A modo de ejemplo, cabe recordar que en los tiempos de la Convención de 1910 se llevó a cabo una maniobra similar en cuanto a la determinación de la edad que debía marcar el paso a la mayoría de edad. Allí, dos delegaciones – la suiza y la húngara – se mostraban inamovibles en la idea de demarcar en los veinte años el paso de la minoría a la mayoría de edad, ocurriendo que la aceptación de la propuesta por los demás delegados vendría movida por el fin único de asegurar el compromiso con aquel proyecto del mayor número posible de Estados (*vid ut supra* p. 35). Igualmente, en el Convenio de 1933, el tenor de su Artículo 1 buscaba un equilibrio entre las posturas regulacionistas y las abolicionistas con el fin de que la generalidad de los Estados encontraran satisfacción y procedieran a ratificarla (*vid ut supra* pp. 41 y 42). De cualquier manera, aquella indeterminación en los términos tendría opositores durante los propios *travaux* y, así, la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias, sugirió que la frase *explotación sexual* fuera eliminada puesto que el término quedaba sujeto a una amplia gama de interpretaciones divergentes que se moverían entre la consideración como tal de todas las actividades en la industria del sexo *per se* y entre limitarse a identificar como tal al trabajo sexual bajo condiciones de explotación.<sup>261</sup>

---

<sup>260</sup> U.N. UNODC. *Model Law against Trafficking in Persons*, 9, 13 y 14.

<sup>261</sup> *Travaux préparatoires del Protocolo de Palermo*, 334.

A pesar de la falta de precisión voluntaria sobre la amplitud del abanico de conductas que estos tipos de explotación deberían comprender, habría que tener en cuenta que, con respecto a la explotación de la prostitución ajena, sigue habiendo consideraciones en vigor y, por lo tanto, vinculantes para los Estados Parte de la Convención de 1949. En concreto, en aquella se previó una conceptualización de corte abolicionista de la explotación de la prostitución ajena que fue entendida como una amplia gama de actividades de intermediación en la prostitución de un tercero tales como la dirección o financiación de un burdel, o el alquiler o la provisión de un espacio para la prostitución de otros, todo ello, con conocimiento (*vid supra* apdo. 3.1. Capítulo I). Tal prisma sería el adoptado, en teoría, en la legislación de los no pocos Estados vinculados<sup>262</sup> a aquel tratado cuando correspondiera determinar las actividades que conformarían la explotación de la prostitución ajena y, consecuentemente, ésta sería la forma que ascendería a explotación dentro de la figura de la trata de personas cuando se dieran los requisitos de la ofensa exigidos en Palermo.

Fuera del ámbito de los Estados Parte en la Convención de 1949, el recurso a la interpretación de la figura suministrada por este instrumento no puede entenderse de manera más generalizada. Esto es así puesto que aunque, como se verá a lo largo de los apartados que siguen, la regla en Palermo es que el significado de los tipos de explotación debe ser acorde con sus respectivas regulaciones específicas en el plano internacional (*vid ut infra* pp. 111 y 134), esto se exceptúa única y expresamente en la explotación de la prostitución ajena y en la explotación sexual, dejadas, siguiendo lo dicho, a lo que por ellas se entienda en los ordenamientos jurídicos nacionales de los respectivos Estados.

En todo caso, para concluir con alguna certeza, si bien en última instancia las actividades específicas que serán consideradas de explotación sexual o de explotación

---

<sup>262</sup> Están vinculados por ratificación, adhesión o sucesión a la Convención de 1949: Afganistán, Albania, Argelia, Argentina, Azerbaiyán, Bangladesh, Bielorrusia, Bélgica, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Bulgaria, Burkina Faso, Camerún, República Centroafricana, Congo, Costa de Marfil, Croacia, Cuba, Chipre, República Checa, Yibuti, Ecuador, Egipto, Etiopía, Finlandia, Francia, Guatemala, Guinea, Haití, Honduras, Hungría, India, Iraq, Israel, Italia, Japón, Jordania, Kazajistán, Kuwait, Kirguistán, Laos, Letonia, Lesoto, Libia, Luxemburgo, Malaui, Mali, Mauritania, México, Micronesia, Montenegro, Marruecos, Nepal, Níger, Noruega, Pakistán, Filipinas, Polonia, Portugal, Corea, Rumanía, Rusia, Ruanda, Senegal, Serbia, Seychelles, Singapur, Eslovaquia, Eslovenia, Sudáfrica, España, Sri Lanka, Siria, Tayikistán, Macedonia, Togo, Ucrania, Uzbekistán, Venezuela, Yemen y Zimbabue. Y son firmantes: Benín, Camboya, Dinamarca, Ghana, Indonesia, Irán, Liberia, Madagascar, Mauricio, Birmania, Nigeria, Paraguay y Sierra Leona (El estado del Tratado es consultable en: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=VII-11-a&chapter=7&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=VII-11-a&chapter=7&lang=en) [Consultado el 20 de julio 2017]).

de la prostitución ajena dependerán de las legislaciones nacionales, lo que sí puede mantenerse en firme es que, una vez en el ámbito de la trata de personas, los individuos explotadores se consideran de manera amplia al entenderse que en tal categoría se incluirían quienes obtuvieran un beneficio de la actividad, ya fuera de manera directa o indirecta. Este entendimiento amplio proviene, nuevamente, de la aplicación del principio *mutatis mutandis* en relación al texto de la Convención contra la Delincuencia Organizada por el cual se entenderá que son perpetradores del crimen de trata de personas quienes actúan con el “propósito de cometer[la] (...) con miras a *obtener, directa o indirectamente, un beneficio* económico u otro beneficio de orden material” – Artículo 2 letra (a) –. Con esto, se estaría estableciendo un perímetro delimitable sobre las identidades de quienes serán perpetradores de la trata con fines de explotación sexual y de explotación de la prostitución ajena que, en ambos casos, sería susceptible de ser muy amplio, en sintonía con la línea marcada por la Convención de 1949.

### 3. Los trabajos o servicios forzosos

#### 3.1. El trabajo forzoso como finalidad de explotación de la trata

El hecho de que en la definición de la trata de personas del Protocolo de Palermo existiera acuerdo inicial sobre la inclusión del trabajo forzoso junto a la explotación sexual, como aquella otra finalidad a la que sería susceptible de dirigirse la explotación, guarda total coherencia con los progresos que venían haciéndose en la comunidad internacional con respecto a la materia. En tal sentido, se comentó más arriba cómo, en 1972, en el seno del Consejo Económico y Social ya se había manifestado la preocupación que suscitaba la identificación de casos de trata laboral lo que habría originado el llamamiento a los Estados, a la Organización Internacional del Trabajo y a la Comisión de Derechos Humanos a priorizar el asunto actuando con vistas a lograr su supresión (*vid ut supra* p. 50). De igual manera, en 1995, entre las acciones establecidas como resultado de la Conferencia de Beijing se incluía el llamamiento a los gobiernos de fijarse en aquellos factores generadores de casos de la trata dirigida, también, al trabajo forzoso (*vid ut supra* p. 53).

Desde los comentarios más tempranos realizados al primer borrador del Protocolo de Palermo presentado por Argentina y los Estados Unidos, se reconoció que el trabajo forzoso debía entenderse de acuerdo con su conceptualización existente en el ordenamiento jurídico internacional refiriéndose, específicamente, a la prevista en el

Convenio sobre el Trabajo Forzoso de 1930 (No. 29) de la Organización Internacional del Trabajo<sup>263</sup> en su Artículo 2.<sup>264</sup> Según esta disposición, el trabajo forzoso designaría a “todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”.<sup>265</sup> Así definido, el trabajo forzoso debía ser suprimido por los Estados Parte “lo más pronto posible” – no de manera inmediata –, pudiendo emplearse durante un “período transitorio” para “fines públicos y a título excepcional” – Artículo 1 –. Sin embargo, esta regla general por la cual el trabajo forzoso debía suprimirse paulatinamente hasta su eliminación no sería absoluta. La obligación sería modulada con determinadas excepciones, no consideradas como trabajo forzoso, que se concretan, *grosso modo*, en aquellos trabajos que son realizados en el contexto del servicio militar obligatorio, en las obligaciones cívicas normales para los ciudadanos, en los trabajos exigidos en virtud de condena por sentencia judicial, en aquellos requeridos con motivo de fuerza mayor o, finalmente, en los pequeños trabajos comunales.<sup>266</sup> Este tenor sería adoptado en el posterior *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 1966,<sup>267</sup> en su Artículo 8 apartado 3, al establecer la obligación para los Estados a él vinculados de garantizar la libertad de tal

<sup>263</sup> C029 - *Convenio sobre el trabajo forzoso*, 1930 (núm. 29), Organización Internacional del Trabajo, adoptado en Ginebra, 14ª reunión CIT (28 junio 1930), entrada en vigor el 1 de mayo 1932.

<sup>264</sup> “The phenomenon of trafficking includes additional forms of criminal behaviour that need to be addressed, including: (...) (c) **Forced labour, having due regard to existing international definitions such as that contained in Forced Labour Convention, 1930**, of the International Labour Organization (ILO)” (Resaltado añadido) (U.N. AGNU. *Ad Hoc* Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime. *Proposals and contributions received from Governments*. (UN Doc. A/AC.254/5/Add.3), p. 5, letra c.

<sup>265</sup> En su tenor original: “For the purposes of this Convention the term forced or compulsory labour shall mean all work or service which is exacted from any person under the menace of any penalty and for which the said person has not offered himself voluntarily” (Artículo 2 apdo. 1 del Convenio de 1930 (No. 29)).

<sup>266</sup> El Artículo 2 apdo. 2 del Convenio 1930 (No. 29), dispondría: “Nevertheless, for the purposes of this Convention, **the term forced or compulsory labour shall not include**: (a) any work or service exacted in virtue of compulsory military service laws for work of a purely military character; (b) any work or service which forms part of the normal civic obligations of the citizens of a fully self-governing country; (c) any work or service exacted from any person as a consequence of a conviction in a court of law, provided that the said work or service is carried out under the supervision and control of a public authority and that the said person is not hired to or placed at the disposal of private individuals, companies or associations; (d) any work or service exacted in cases of emergency, that is to say, in the event of war or of a calamity or threatened calamity, such as fire, flood, famine, earthquake, violent epidemic or epizootic diseases, invasion by animal, insect or vegetable pests, and in general any circumstance that would endanger the existence or the well-being of the whole or part of the population; (e) minor communal services of a kind which, being performed by the members of the community in the direct interest of the said community, can therefore be considered as normal civic obligations incumbent upon the members of the community, provided that the members of the community or their direct representatives shall have the right to be consulted in regard to the need for such services” (Resaltado añadido).

<sup>267</sup> *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP), adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión de los Estados por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 23 de marzo de 1976.



conducta a los individuos sujetos a su jurisdicción, todo lo cual sustenta la conveniencia de regirse por tales términos de consenso. Por todo lo demás, es de resaltar que la adecuación de adoptar esta definición para dotar de contenido a la explotación del trabajo forzoso en el contexto de la trata de personas no se sostiene únicamente en aquellos comentarios a los primeros borradores del Protocolo de Palermo, sino que vendría reflejada en su propio articulado donde se consagra la importancia de tener en cuenta el derecho internacional vinculante para sus Estados Parte.<sup>268</sup>

Es por tal declaración expresa de la relevancia de atender al ordenamiento jurídico internacional que es interesante traer aquí, con la intención de ahondar en la comprensión y el conocimiento del concepto del trabajo forzoso, una lista de formas de trabajo forzoso, contenida en el Artículo 1 del Convenio de 1957 (No. 105),<sup>269</sup> a suprimir por los Estados. Según lo estipulado, el trabajo forzoso a eliminar será aquel utilizado “como medio de coerción o de educación política o como castigo ya sea por tener o por expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido”. Asimismo, la misma suerte habrá de correr el trabajo forzoso empleado “como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico”; debiendo ocurrir lo mismo ante la imposición de trabajo forzoso, ya sea, “como medida de disciplina en el trabajo”, “como castigo por haber participado en huelgas” o “como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa”. Esta introducción de los márgenes en los que convencionalmente se ha perfilado al trabajo forzoso es, sin duda, requerida puesto que sólo una comprensión cierta sobre lo que se habría tenido en mente al adoptar estos tratados internacionales permite avanzar en el análisis de sus dinámicas relacionales con la trata de seres humanos, facilitando que se entienda su resultado.

### 3.2. El combate de la trata en la OIT. El trabajo forzoso como finalidad de explotación omnicompreensiva

Desde la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se ha declarado cómo, para asegurar la protección de los trabajadores, este organismo especializado de las Naciones Unidas ha debido emplearse en el combate de la trata de personas ligada al trabajo

---

<sup>268</sup> “Nada de lo dispuesto en el presente Protocolo afectará a los derechos, obligaciones y responsabilidades de los Estados y las personas con arreglo al derecho internacional (...)” (Artículo 14 “Cláusula de salvaguardia” del Protocolo de Palermo).

<sup>269</sup> C105 - *Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso*, 1957 (núm. 105), entrada en vigor: 17 enero 1959; adoptado en Ginebra, 40ª reunión CIT (25 junio 1957).

forzoso prácticamente desde su creación en 1919. Los esfuerzos realizados cubren un amplio espectro de actividades de entre los que destacan la promoción de un trabajo decente, productivo, donde se protegen los derechos y se recibe remuneración adecuada y cobertura social. La dedicación de su actividad con respecto a la trata de seres humanos vendría amparada por, particularmente, tres de sus convenciones, a saber, el Convenio de 1930 (No. 29), el Convenio de 1957 (No. 105) y el Convenio de 1999 (No. 182).<sup>270271</sup> Dicho esto, parece claro que la OIT se encargará, en cuanto a la trata de personas, de reforzar la erradicación de la trata laboral, sin embargo, la cuestión no podrá enunciarse de manera tan simple. Aquí habría que concretar la determinación de cuál es la trata que estaría cubriéndose exactamente y cómo se relaciona ésta con el trabajo forzoso.

Para despejar las incógnitas planteadas, debe resolverse una primera cuestión que surge a raíz de la relación entre la explotación sexual y el trabajo forzoso como aquellos dos primeros propósitos de explotación tenidos en cuenta al considerar las finalidades de Palermo. A este respecto, se han vivido dos momentos.

En un tiempo temprano, durante las negociaciones del Protocolo de Palermo, la OIT propondría que se suprimiera del tratado en elaboración cualquier referencia a la tradicional finalidad de explotación sexual, que siempre había acompañado a la trata, puesto que la consideraba un término indeterminado. La maniobra consistiría en enarbolar el trabajo forzoso ya que la Organización entendía que, aunque la trata de personas no se dirigía siempre a este propósito, generalmente estaría relacionada con condiciones de trabajo abusivas. Basándose en este motivo, proponía la alternativa de enmendar la disposición sobre la definición de la trata en su redacción para adoptar un contenido que concisamente cubriera, “como mínimo, la trata de personas dirigida a la finalidad de la explotación laboral, en particular el trabajo forzoso y la servidumbre”.<sup>272</sup>

---

<sup>270</sup> Beate Andrees, Elspeth Guild y Mariska van der Linden. *Human Trafficking and Forced Labour Exploitation. Guidelines for Legislation and Law Enforcement*. (Geneva, 2005), 3-5. [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---declaration/documents/publication/wcms\\_081999.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_081999.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].

<sup>271</sup> C182 - *Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil*, 1999 (núm. 182), entrada en vigor: 19 noviembre 2000; adoptado en Ginebra, 87ª reunión CIT (17 junio 1999).

<sup>272</sup> *Vid* U.N. AGNU. *Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime, Note by the International Labour Organization on the additional legal instrument against trafficking in women and children*. Fourth session, Vienna, 28 June-9 July 1999, (UN Doc. A/AC.254/CRP.14), p. 10.

Con posterioridad a la conclusión del Protocolo de Palermo, como ya es sabido, la explotación de la prostitución ajena y de la explotación sexual, de un lado, y el trabajo forzoso, del otro, quedarían enumerados en la definición de la trata de personas como distintas tipologías de explotación a las que la actividad de la trata se podría dirigir. No obstante tal separación, la OIT propondrá, en un informe emitido por el *Comité de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones* – órgano de monitoreo de los convenios de la OIT – en el año 2007, solapar las figuras entendiendo que, a pesar de que Palermo las recoge como distintas, esto no deberá ser impedimento para percibir a la explotación sexual y a la explotación de la prostitución ajena en el contexto de la trata como un trabajo o servicio forzoso debiendo incluirse aquellas figuras en ésta. De esta manera, la Organización determina que la trata con fin de explotación sexual y la trata con fin de explotación en la prostitución ajena son formas de trabajo forzoso, encontrándose ambas bajo el alcance de la definición ya expuesta del Artículo 2 del Convenio 1930 (No. 29).<sup>273</sup>

Yendo más allá, una segunda cuestión se presenta con respecto al rol que la OIT atribuye al trabajo forzoso dentro de la figura de la trata de personas. Concretamente, ocurre que la Organización identificará a otras de las finalidades de explotación a las que es susceptible de dirigirse la trata de personas como formas de trabajo forzoso.

Como punto de partida cabe precisar que, durante los trabajos de elaboración de Palermo, la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias sugeriría que el propósito del Protocolo incluyera expresamente a otras finalidades que no encontrarían cabida en el trabajo forzoso. Concretamente abogaba por la introducción de las condiciones análogas a la esclavitud con vistas a abarcar a la trata dirigida al trabajo doméstico, a los matrimonios forzosos y a la maternidad forzada las cuales, apuntaba, no se incluían tradicionalmente bajo el término trabajo forzoso.<sup>274</sup> Sin embargo, la OIT mantiene una línea disonante y, así, habrá afirmado que el trabajo forzoso se encuentra presente en alguna forma en todos los continentes, países y economías en tanto que identifica “casos de lo que puede ser llamado formas

---

<sup>273</sup> Vid U.N. ILO. *Eradication of Forced Labour. General Survey concerning the Forced Labour Convention, 1930 (No. 29), and the Abolition of Forced Labour Convention, 1957 (No. 105), Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*. Geneva: *International Labour Conference*, 96<sup>th</sup> Session, 2007, Report III (Parte 1B), párr. 78. [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_089199.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_089199.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].

<sup>274</sup> *Travaux préparatoires del Protocolo de Palermo*, 334.

tradicionales de trabajo forzoso” las cuales incluyen, entre otras, a las prácticas relacionadas con la esclavitud.<sup>275</sup> A pesar de la fácil apreciación de tales discrepancias de principio, la caracterización de otros tipos de explotación como formas de trabajo forzoso continuará. Atendiendo a esta progresión, el trabajo forzoso terminaría por presentarse como un concepto omnicomprendivo. En este sentido, por ejemplo, el *Comité de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, al denunciar las manifestaciones de trabajo forzoso que aún subsistirían en determinados países y que deberían ser abolidas, englobaría en aquel término a los vestigios de esclavitud y otras prácticas análogas a la esclavitud, a la servidumbre por deudas y, a las ya comentadas, trata con fines de explotación sexual y laboral.<sup>276</sup>

Finalmente, en tercer lugar, no quedándose ahí y tras la asunción de que la explotación sexual y otros tipos de explotación son en realidad trabajo forzoso, una última cuestión emergerá con respecto al papel que en sede de la OIT se concederá al trabajo forzoso sobre la figura de la trata de personas considerada en sí misma. Allí, el Comité ha expuesto que la trata de seres humanos como tal, en la medida en que su propósito es la explotación, se ve amparada por la definición de trabajo forzoso u obligatorio del Artículo 2 del Convenio 1930 (No.29) y que, por ello, en su virtud, todos los Estados vinculados por él deben informar sobre las medidas adoptadas para erradicar la trata de personas con el fin de explotación, la cual deberá ser castigada como una ofensa criminal, no sólo a través del Artículo 5 del Protocolo de Palermo, sino también del 25 del Convenio de la OIT.<sup>277</sup>

Así las cosas, la agencia de las Naciones Unidas especializada en el mundo del trabajo, tal y como ella misma presenta la materia al público, promueve una visión según la cual el trabajo forzoso “recoge virtualmente todo el espectro de la trata de seres humanos o lo que algunos llaman forma de esclavitud contemporánea [exceptuándose únicamente] la trata destinada a la extracción de órganos, el matrimonio forzoso o la adopción, salvo que las últimas resulten en trabajo forzoso”.<sup>278</sup> Para fundamentar esta posición por la cual todas las actividades de explotación expuestas, e incluso, la trata en

---

<sup>275</sup> U.N. ILO, *Eradication of Forced Labour*, 2.

<sup>276</sup> U.N. ILO, *Eradication of Forced Labour*, párr. 68.

<sup>277</sup> U.N. ILO, *Eradication of Forced Labour*, párr. 77 y 80.

<sup>278</sup> “[F]orced labour (...) captures virtually the full spectrum of human trafficking abuses or what some people call “modern-day slavery.” The only exceptions to this are cases of trafficking for organ removal, forced marriage or adoption, unless the latter practices result in forced labour”. En: [http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS\\_181922/lang--en/index.htm](http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_181922/lang--en/index.htm) [Consultado el 20 de julio 2017].

sí misma, son formas de trabajo forzoso el Comité argumenta que en tanto las víctimas han sido forzadas a realizar trabajos para los que no se han ofrecido voluntarias, bajo condiciones extremadamente duras combinadas con malos tratos, las conductas constituyen una violación grave del Convenio No. 29.<sup>279</sup> Para dar cabida a todas aquellas figuras, desde la OIT se declara que el trabajo forzoso – el cual no puede equipararse con bajos salarios o con paupérrimas condiciones de trabajo en tanto que representa una violación severa de los derechos humanos y una restricción de la libertad humana – es identificado aquí atendiendo a la naturaleza de la relación entre una persona y un “empleador” y no según el tipo de actividad, con independencia de si esa actividad es legal o ilegal bajo el derecho nacional o si es reconocida oficialmente como una actividad económica.<sup>280</sup> La equiparación estaría hecha. Para la Organización Internacional del Trabajo el trabajo forzoso sería, así, un concepto omnicompreensivo.

### 3.3. Desenmascarando al trabajo forzoso como concepto omnicompreensivo

No obstante todo lo dicho, para que la OIT pudiese mantener sus afirmaciones como certeras habría que someter cada una de las subsunciones propuestas, esto es, la consideración de las distintas figuras de explotación y de la trata en sí misma como trabajo forzoso, a un careo susceptible de ofrecer como resultado una respuesta en cuanto a la viabilidad de equiparar las – ¿distintas o idénticas? – esencias de todas ellas. Esto es, si es cierto que el trabajo forzoso es un concepto omnicompreensivo que engloba a todos los demás, esto sólo podrá determinarse confrontando las materias.

#### 3.3.1. Primer *round*: *trabajo forzoso vs. esclavitud*

De manera contraria a la posición promovida por la OIT, en virtud de la cual el trabajo forzoso y la esclavitud se fusionarían, Holly Cullen argumenta que una asimilación de las figuras no es coherente con el entendimiento de la esclavitud en virtud de su definición consagrada en la Convención sobre la Esclavitud de 1926 (*vid ut infra* p. 135). La autora, señalando las diferencias de ambas en su origen histórico, recalca que la Convención de 1926 es el producto de una línea de acuerdos internacionales dirigidos a terminar con el uso del trabajo esclavo por las potencias europeas y con el comercio

---

<sup>279</sup> U.N. ILO, *Eradication of Forced Labour*, párr. 70.

<sup>280</sup> U.N. ILO. *A Global Alliance Against Forced Labour. Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and rights at Work*, International Labour Conference, 93<sup>rd</sup> Session 2005, Report I (B), Geneva, ILO, pp. 5 y 6. [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---declaration/documents/publication/wcms\\_081882.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_081882.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].

de esclavos, particularmente desde África, creando una prohibición absoluta sobre la esclavitud. Mientras tanto, el Convenio de 1930 (No. 29) había sido diseñado como un primer paso en la eliminación progresiva del trabajo forzoso como una preocupación por el uso que de él hacían las potencias imperiales en sus colonias, ocurriendo que, a diferencia del tratado internacional anterior, algunas formas debían ser inmediatamente eliminadas mientras que otras eran permitidas para fines públicos cuando los trabajadores eran pagados y sometidos a condiciones humanas de trabajo.<sup>281</sup> Siguiendo lo dicho se identificaría, por un lado, una falta de voluntad inicial por parte de los Estados de asimilar ambas figuras en un mismo tipo de instrumento internacional y, por otro lado, una diferente concepción de la una y de la otra que requerirían posicionamientos distintos en cuanto a su abordaje en forma que, con respecto a la esclavitud, la prohibición sería absoluta mientras que, para el trabajo forzoso, su interdicción guardaría excepciones, todo lo cual lleva a entender que en estos dos sentidos las conductas no son asimilables.

Producto de la segunda de las diferencias, a lo anterior se suma la importante cuestión de las consecuencias derivadas de la detección de una u otra figura. Aquí entra en juego el régimen de las normas de *jus cogens* o normas imperativas de derecho internacional general consagradas en la *Convención de Viena del derecho de los tratados* de 1969 las cuales, como tal, no permiten derogación.<sup>282</sup> Desde la conceptualización de este tipo de normas, la prohibición de la esclavitud se reconoce como una de ellas. Así, en el contexto de la aprobación del texto que codificaría el derecho de los tratados y consagraría el carácter imperativo de las normas de *jus cogens*, el Sr. Yasseen declaraba con convicción que “ningún especialista de derecho internacional podría refutar la propuesta de que dos Estados no pueden llegar a un acuerdo para instaurar la esclavitud o permitir la piratería, ni que ningún acuerdo formal

---

<sup>281</sup> Holly Cullen, “Contemporary International Legal Norms on Slavery: Problems of Judicial Interpretation and Application”. En *The legal Understanding of Slavery: From the Historical to the Contemporary*, ed. Jean Allain (Oxford: Oxford University Press, 2012), 313.

<sup>282</sup> La Convención de Viena de 1969 del derecho de los tratados consagra estas normas en su Artículo 53 referente a los “Tratados en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*jus cogens*)” según el cual: “A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purpose of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a **norm from which no derogation is permitted** and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character” (Resaltado añadido). Debido a que sólo puede ser modificada por una norma ulterior del mismo carácter, cuando una norma imperativa de derecho internacional general emerge, cualquier tratado en conflicto con ella quedará sin efecto y concluirá (Artículo 64 Convención de Viena de 1969 del derecho de los tratados sobre la “emergencia de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*jus cogens*)”).

dirigido a tales propósitos fuera otra cosa que nulo”.<sup>283</sup> Asimismo, en los trabajos que preparaban el futuro articulado de aquel instrumento, el Sr. Humphrey Waldock ponía como ejemplo de tratado ilegal a los antiguos tratados que regulaban, y no que combatían, el comercio de esclavos los cuales serían “incapaces de ser ejecutados bajo la ley” puesto que todas las formas de esclavitud son condenadas por el derecho internacional general.<sup>284</sup> La ejemplificación de la prohibición de la esclavitud como una norma imperativa de *jus cogens*, susceptible como tal de privar de legalidad a cualquier acto o situación que entre en conflicto con ella seguirá exponiéndose como paradigma, sobre el que no cabe duda, en los borradores del precepto que consagraría a este tipo de normas.<sup>285</sup> Además, consecuencia de esto, la interdicción de la esclavitud constituye una *obligatio erga omnes*<sup>286</sup> las cuales, por su propia naturaleza y su importancia, vinculan a

<sup>283</sup> Vid *First report on jus cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur*, producto de la decisión de la Comisión de Derecho Internacional de poner en su agenda de trabajo esta temática (U.N. AGNU. ILC, *First report on jus cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur*, Sixty-eighth session Geneva, 2 May-10 June and 4 July-12 August 2016, (UN Doc. A/CN.4/693), párr. 28 y 32).

<sup>284</sup> U.N. ILC. “Second report on the law of treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur”. *Yearbook of the International Law Commission 1963*, vol. II (New York: UN, 1964), (UN Doc. A/CN.4/156 and Add.1-3), p. 79, párr. 8. [http://legal.un.org/ilc/Documentation/english/a\\_cn4\\_156.pdf](http://legal.un.org/ilc/Documentation/english/a_cn4_156.pdf) [Consultado el 20 de julio 2017].

<sup>285</sup> Así, por ejemplo, durante la redacción de los artículos de la *Convención de Viena del derecho de los tratados* de 1969 se establecía sobre las normas imperativas de derecho internacional general o normas de *jus cogens*: “If a new peremptory norm of general international law of the kind referred to in article 50 is established, any existing treaty which is in conflict with that norm becomes void and terminates. (...) The rule formulated (...) is based upon the hypothesis that in international law to-day there are a certain number of fundamental rules of international public order from which no State may derogate even by agreement with another State. (...) **An example would be former treaties regulating the slave trade, the performance of which later ceased to be compatible with international law owing to the general recognition of the total illegality of all forms of slavery.**” (Resaltado añadido) (U.N. ILC. “Draft articles on the Law of Treaties with commentaries 1966”, UN-*Yearbook of the International Law Commission 1966*. Vol. II. *Documents of the second part of the seventeenth session and of the eighteenth session including the reports of the Commission to the General Assembly*. (New York: UN, 1967), (UN Doc. A/CN.4/190), p. 261, párr. 1.

[http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1\\_1\\_1966.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_1_1966.pdf) y [http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc\\_1966\\_v2.pdf](http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1966_v2.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].

<sup>286</sup> Estos conceptos son diferentes de manera que *jus cogens* indica el estatus legal de la norma mientras que *obligatio erga omnes* se refiere a las implicaciones legales que derivan de la caracterización como tal de la norma (M. Cherif Bassiouni, “International crimes: *Jus cogens* and *obligatio erga omnes*”, *Law and Contemporary Problems* 59, No. 4 (1997): 63). Aquí, todas las normas de *jus cogens* son jerárquicamente superiores a cualquier otra norma de derecho internacional, mientras que la naturaleza *erga omnes* de una obligación supone simplemente que todos los Estados tienen un interés en que se cumpla la obligación. En esto, mientras las normas imperativas de derecho internacional se anteponen a toda la comunidad internacional y por lo tanto son *erga omnes*, lo contrario no es cierto puesto que “no todas las obligaciones *erga omnes* han sido establecidas por normas imperativas de derecho internacional general” (Olivier De Schutter. *International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary*. Second Edition (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), e-book: 18%- Page 91 of 1052, citando a la Comisión de Derecho Internacional en: International Law Commission, Report of the Study Group on Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, fifty-sixth session, Geneva, 2 May-3 June and 11 July-5 August 2005, (UN Doc. A/CN.4/L.676), párr. 48-50; también en Bassiouni, “International crimes”, 73).

la comunidad internacional en su conjunto al considerarse que todos los Estados tienen un interés jurídico en su protección.<sup>287</sup>

Sin embargo, el trabajo forzoso no recibiría la misma atribución de rango, por lo que difícilmente se podría equiparar con la esclavitud. Esto ha sido enfáticamente puesto de relieve por Allain quien ha subrayado que la adopción del *Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930*,<sup>288</sup> resuelve definitivamente la cuestión de si el trabajo forzoso es o no una norma de *jus cogens*. El autor se ha detenido en la posición adoptada por la OIT según la cual la prohibición del trabajo forzoso en todas sus formas es considerada como una norma imperativa de derecho internacional de los derechos humanos<sup>289</sup> de manera que afirma que es siempre vinculante y no permite, consecuentemente, su derogación. Distanciándose de quienes no retan tal consideración,<sup>290</sup> el autor, refutándola, ha destacado acertadamente que esta afirmación

---

<sup>287</sup> Esto fue así establecido por el Tribunal Internacional de Justicia en 1970 en el conocido caso *Barcelona Traction* donde dictaminaba: “In particular, an essential distinction should be drawn between the **obligations of a State towards the international community as a whole**, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, **all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes.**” “Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including **protection from slavery** and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the **body of general international law**; others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character” (International Court of Justice, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, judgement of 5 February 1970, párr. 33-4). [http://www.worldcourts.com/iccj/eng/decisions/1970.02.05\\_barcelona\\_traction.htm](http://www.worldcourts.com/iccj/eng/decisions/1970.02.05_barcelona_traction.htm) [Consultado el 20 de julio de 2017].

<sup>288</sup> P029 - *Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930*, OIT, Entrada en vigor el 9 de noviembre de 2016, adoptado en Ginebra, 103ª reunión CIT (11 junio 2014).

<sup>289</sup> “The Commission concludes that **there exists now in international law a peremptory norm prohibiting any recourse to forced labour** and that the right not to be compelled to perform forced or compulsory labour is one of the basic human rights.” “A State which supports, instigates, accepts or tolerates forced labour on its territory commits a wrongful act and engages its **responsibility for the violation of a peremptory norm in international law**” (U.N. ILO. “Report of the Commission of Inquiry appointed under article 26 of the Constitution of the International Labour Organization to examine the observance by Myanmar of the Forced Labour Convention, 1930”, *Official Bulletin Special Supplement*, Vol. LXXXI, Series B, (Geneva, 1998), párr. 203 y 538. [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09604/09604\(1998-81-serie-B-special-suppl\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09604/09604(1998-81-serie-B-special-suppl).pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].

<sup>290</sup> Por ejemplo, Dinah L. Shelton, al tratar el concepto de *jus cogens* en general, con la intención de mostrar su contenido, presenta, junto a su tratamiento en sedes jurisdiccionales como el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (Prosecutor v. Furundzija, 1998), la Corte Internacional de Justicia (Congo v. Ruanda, 2006), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*inter alia*, Al-Adsani v. UK, 2001) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*inter alia*, Rochela Massacre v. Colombia, 2007); al informe de la OIT sobre Birmania (*vid nota al pie anterior*) donde se enarbola al trabajo forzoso como norma de *jus cogens*. Enumerado junto a los anteriores dictámenes jurisprudenciales sin refutarlo, la autora parece estar aparentemente presentándolo como parte de una lista de certezas sobre lo que constituye inequívocamente una norma imperativa de derecho internacional general (*vid Dinah L. Shelton, ed. Advanced Introduction to International Human Rights Law*. (UK/USA: Edward Elgar, 2014), 84-87).



es difícilmente sustentable en términos legales puesto que la definición de trabajo forzoso contiene en sí misma una serie de excepciones – ya vistas anteriormente – que permiten que la actividad tenga lugar en ciertas circunstancias.<sup>291</sup> Justamente por esto, allí donde se ha recurrido en sede jurisprudencial al argumento de que el trabajo forzoso y la esclavitud son equiparables y que, por ello, le corresponde la atribución del carácter de norma de *jus cogens* se erigen posturas de oposición manifestando la imposibilidad de tal caracterización.<sup>292</sup>

Y es que no hay que perder de vista que esta forma de percibir al trabajo forzoso habría venido dada desde los tiempos de los trabajos preparatorios del Convenio de 1930 donde, como ha expuesto Allain, se habría manifestado la percepción por la cual la definición de trabajo forzoso consagrada constituía una codificación de actividades permitidas y no permitidas más que una verdadera prohibición de la actividad. Esto es, se sentía como “un instrumento para regular más que para proscribir el trabajo forzoso”.<sup>293</sup>

En todo caso, esto se presenta como evidente tras un mero vistazo al articulado de aquel Convenio de 1930. Allí, se detecta con facilidad su intención de reglar el recurso al trabajo forzoso, y no de abolirlo por completo. Efectivamente en este tratado se ponen en orden los supuestos en los que podrá recurrirse al trabajo forzoso, determinando quién es la autoridad competente que habrá de tomar tal decisión. Asimismo, se regula cuáles son los requisitos que han de cumplirse para ello – como la evaluación de la importancia del trabajo para el interés de la comunidad, su necesidad presente o inminente, la imposibilidad de haber obtenido previamente trabajo voluntario bajo condiciones acordes con las imperantes en el lugar y su valoración para que no suponga una carga extremadamente pesada sobre las personas – o cuáles son los baremos de elección de las personas que desempeñarán el trabajo forzoso – como ser hombres adultos sanos entre dieciocho y cuarenta y cinco años, manteniendo el número de

---

<sup>291</sup> Jean Allain, “The Implications of Preparatory Works for the Debate Regarding Slavery, Servitude and Forced Labour”. En *Research Handbook on Transnational Labour Law*, eds. Adelle Blackett and Anne Trebilcock (UK-MA.USA: Edward Elgar Publishing, 2015), 532 y 533.

<sup>292</sup> Ver la crítica de Lukas Knott al caso UNOCAL en los Estados Unidos donde los Tribunales nacionales dictaminaron en la resolución del asunto que el trabajo forzoso constituía una norma de *jus cogens* a través de su asimilación a la esclavitud (Lukas Knott, L. “UNOCAL Revisited: On the Difference Between Slavery and Forced labor in International Law”, *Wisconsin International Law Journal* 28 (2010): 201-33)

<sup>293</sup> Jean Allain. *The Law and Slavery: Prohibiting Human Exploitation*. (Leiden-Boston: Brill Nijhoff, 2015), 10,15 y 16.

hombres indispensable en una comunidad para cuestiones de familia y vida social y exceptuando a los profesores de colegios, alumnos y funcionarios de la administración – . Igualmente se regla, entre otros extremos, cuál es la duración temporal del trabajo forzoso y cómo corresponde determinar la remuneración.<sup>294</sup>

Además de entenderse que partiendo de la concepción del trabajo forzoso, consagrada en el propio tratado internacional que lo regula, no se puede afirmar que éste hubiera sido concebido como una prohibición absoluta que permitiera, entonces, una equiparación con la esclavitud como norma imperativa de derecho internacional general sobre la que no cabe derogación, la exclusión de la posibilidad de asimilar las figuras vendría, a su vez, dada por la legislación internacional sobre esclavitud. En concreto, la Convención sobre la esclavitud de 1926 dispone que, porque el recurso al trabajo forzoso puede tener graves consecuencias, los Estados se comprometen a adoptar las medidas necesarias para prevenir que éste evolucione en condiciones análogas a la esclavitud.<sup>295</sup> Como se aprecia, la declaración establece un vínculo entre las materias pero deja ver que no son lo mismo. Es más, en virtud del precepto, y de lo analizado, no sólo ocurre que la esclavitud no es una forma de trabajo forzoso sino que, en todo caso y de manera inversa, cuando el trabajo forzoso alcanzara el umbral de la esclavitud – establecido más adelante (*vid ut infra* apdo. 4) –, aquel se subsumiría en ésta.

A todo este debate hay que sumar que, sin necesidad de remontarse a un antaño lejano para dilucidar si el carácter de norma imperativa de derecho internacional general es atribuible, o no, al trabajo forzoso, Allain ha revelado, tras la observación de las recientes crónicas de las negociaciones del Protocolo del 2014 que, efectivamente, en éstas se debate y, finalmente, se admite que la existencia de manifestaciones de trabajo forzoso excepcionalmente permitidas imposibilitaría atribuirle el carácter de norma de *jus cogens* sobre la que no se permite derogación.<sup>296</sup>

Vistas así las cosas, el cotejo de las naturalezas de la esclavitud y del trabajo forzoso impiden cualquier posibilidad de sostener que la primera manifestación de explotación fuera subsumible en la segunda haciendo tambalear, en uno de sus pilares, la

---

<sup>294</sup> Artículos 2, 3, 8, 9, 11, 12 y 14 del *Convenio sobre el trabajo forzoso*, 1930 (No. 29) OIT.

<sup>295</sup> “The High Contracting Parties recognise that **recourse to compulsory or forced labour may have grave consequences** and undertake, each in respect of the territories placed under its sovereignty, jurisdiction, protection, suzerainty or tutelage, **to take all necessary measures to prevent compulsory or forced labour from developing into conditions analogous to slavery**” (Resaltado añadido) (Artículo 5 de la *Slavery Convention* de 1926).

<sup>296</sup> Allain. *The Law and Slavery: Prohibiting Human Exploitation*, 10, 15 y 16.

presentación por parte de la OIT del trabajo forzoso como un concepto omnicomprendivo.

### 3.3.2. Segundo round: trabajo forzoso vs. trata de personas

Más arriba se hizo notar cómo el Comité de Expertos de la OIT ha considerado en su informe del año 2007 que en la trata de personas, tal y como ha sido concebida en el Protocolo de Palermo, en la medida en que se dirija al trabajo forzoso, a la esclavitud o a las prácticas análogas a la esclavitud, a la servidumbre o a la explotación sexual, subyacerá una noción de explotación del trabajo que le es inherente y que permite que el concepto de la trata de personas esté incluido en la definición del trabajo forzoso del Convenio 1930, No. 29.<sup>297</sup> Este argumento, completamente normalizado en aquella sede, termina con la afirmación de que el único tipo de explotación de entre los especificados en Palermo que no queda cubierto por el Convenio de la OIT es la extracción de órganos, excluyéndose a su vez la trata destinada a los matrimonios forzosos y a las adopciones.<sup>298</sup>

Esta aserción puede – y debe – refutarse desde diferentes flancos. Como punto de partida cabe decir, a pesar de la obviedad de la declaración una vez vista la exposición que acaba de presentarse en el sub-apartado anterior, que la esclavitud y la trata de personas dirigida a la explotación de las personas a través de la esclavitud no son una forma de trabajo forzoso. La misma imposible equivalencia ocurre, y será apreciada un poco más adelante, con respecto a la propia esfera de la servidumbre y las prácticas análogas a la esclavitud, identificadas como una figura de explotación con su propia historia que está relacionalmente vinculada con la esclavitud (*vid ut infra* apdo. 6). En todo caso y como manda la lógica, la determinación de cada una de ellas estará a las circunstancias de la realidad que se presente, debiéndose dirimir caso por caso.

Por el momento aquí, mostrando oposición a la postura mantenida por el Comité de la OIT, ocupa marcar las diferencias entre la figura de la trata de personas consagrada en el Protocolo de Palermo y el trabajo forzoso.

---

<sup>297</sup> U.N. ILO, *Eradication of Forced Labour*, párr. 77.

<sup>298</sup> U.N. ILO. *Global Estimate of Forced Labour: Results and methodology*, Special Action Programme to Combat Forced Labour (SAP-FL), (Geneva: ILO, 2012): 20. [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed\\_norm/---declaration/documents/publication/wcms\\_182004.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_182004.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].

Es lo suyo recordar que el delito de la trata de personas en sí mismo consiste en la realización de una actividad, a saber, la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, a través de unos medios comisivos, que intencionalmente se dirige a explotar a los individuos, sin asociarse a un tipo exclusivo de explotación. Pero esto ya fue dicho cuando se explicó, al exponer la obligación de penalizar la trata de personas, que la ratificación o la adhesión por parte de los Estados al Protocolo de Palermo conllevarían la asunción de la obligación de tipificar como delito en su derecho interno las conductas que conforman la trata de personas cuando hayan sido perpetradas intencionalmente. Esto supondría que la trata se penaliza como una combinación de elementos de manera que cualquier conducta que aúne alguna de las acciones y de los medios listados y que se dirija intencionalmente a alguna de las finalidades de explotación será castigada como trata de seres humanos.

Lo fundamental es, en esto, asumir que el delito de trata puede consumarse sin necesidad de llegar a producir el resultado de explotación. Tal y como ha sido explicado por Joaquín Sánchez-Covisa, el delito de trata es un delito de consumación anticipada, puesto que “se consuma aunque no se haya logrado la explotación efectiva de la víctima en ninguna de sus modalidades”<sup>299</sup> y, como tal, debe ser castigado.

Esto implicará, varias cosas con respecto a lo que aquí ocupa, esto es, en relación a la delimitación del delito de la trata de personas de la explotación específica del trabajo forzoso. Primero, partiendo de lo evidente, sería una tautología admitir que la trata de personas ha sido concebida como equivalente al trabajo forzoso cuando éste se prevé como una finalidad de aquella. Efectivamente, negociar y acordar la tipificación de un delito de trata para el trabajo forzoso u otros, si éste es en sí mismo trabajo forzoso no es más que una repetición inútil y viciosa. Segundo, visto que la trata de seres humanos puede consumarse sin necesidad de que acontezca una forma de explotación efectiva, difícilmente aquella sería en tales casos una figura equiparable al trabajo forzoso. Tercero, y como derivación de lo anterior, incluso cuando el delito de trata de personas consumado anticipadamente hubiera estado dirigido indudablemente a explotar a las personas tratadas en trabajos forzosos, al no haberse hecho efectiva la explotación, esta conducta sólo podría encontrar reproche penal bajo el tipo de trata de personas puesto

---

<sup>299</sup> Joaquín Sánchez-Covisa Villa, “El delito de trata de seres humanos. Análisis del Artículo 177bis CP”, *Cuadernos de la Guardia Civil* 52 (2016): 40. [http://intranet.bibliotecasgc.bage.es/intranet-tmpl/prog/local\\_repository/Documents/17743.pdf](http://intranet.bibliotecasgc.bage.es/intranet-tmpl/prog/local_repository/Documents/17743.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].

que el Convenio de 1930, No. 29 no habría previsto el castigo de, por ejemplo, una tentativa de trabajo forzoso, por todo lo cual, difícilmente podría encuadrarse aquella conducta dentro de los márgenes de este Convenio, pero sí bajo el Protocolo de Palermo. Concluyendo lo dicho, es cuando se realiza la actividad en la que consiste la trata de personas de manera intencional que ocurre el delito, sin necesidad de que la explotación ocurra efectivamente la cual, en el caso de producirse, daría entrada a las diferentes regulaciones y consecuencias legales de cada uno de los tipos de explotación.

Hay que recordar que el Protocolo de Palermo se ha forjado como un instrumento eminentemente penal dirigido con particular ahínco a que los Estados punan a los tratantes y cooperen entre ellos para erradicar el delito. Por ello, si se requiriese necesariamente que la finalidad de explotación ocurriera, cuando esto no hubiese llegado a pasar no podría perseguirse bajo su halo a los tratantes quienes, sin un crimen que se les pudiese imputar, quedarían en libertad para continuar desarrollando plenamente su capacidad o incluso para dirigirse hacia futuras nuevas formas de comisión del delito enfocándose en la misma o en otra clase de explotación, lo cual es, además, habitual.<sup>300</sup> En este sentido, la trata de personas consagrada en Palermo difícilmente podría equipararse con sus finalidades de explotación sin perder una de sus razones de ser, una de sus 3Ps, el procesamiento de los tratantes, lo cual ocurriría cuando, tras captar, trasladar, acoger o recibir a los individuos, recurriendo a alguna forma de coacción o al rapto, fraude, engaño u otros, con la intención de explotarles, no hubieran llegado a terminar el resultado.

En esto, si se considerasen equivalentes a la figura de la trata y al trabajo forzoso, este estadio punible de la ejecución del delito de la trata de personas desaparecería. No habría trata sin que una explotación hubiera tenido lugar, lo cual no es sólo incorrecto siguiendo lo acordado en el Protocolo de Palermo (*vid ut supra* apdo. 3.3.4.4.1. Capítulo I) sino que, a su vez, tendría consecuencias sobre otras de sus finalidades. En ese caso,

---

<sup>300</sup> Esta plena capacidad de dirigirse nuevamente a cometer el delito en la misma o en otra clase de explotación se pone de relieve en el informe de la EUROPOL del 2016 sobre la situación de la trata de personas en la Unión Europea donde se afirma que los grupos criminales involucrados en la trata de seres humanos se caracterizan por su flexibilidad y adaptabilidad a las circunstancias sobrevenidas, respondiendo a las nuevas oportunidades y cambiando sus tipos de operaciones a otros países, motivados por buscar dónde y con qué explotación pueden conseguir un mayor beneficio (E.U. EUROPOL, *Situation Report. Trafficking in human beings in the EU*, (The Hague, February 2016), Doc. Ref. No: 765175, p. 14. [https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/situational\\_report\\_trafficking\\_in\\_human\\_beings-\\_europol.pdf](https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/situational_report_trafficking_in_human_beings-_europol.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017]).

otra de las 3Ps, la protección de las víctimas, se vería frustrada. Así, en tanto que los individuos sometidos a la actividad de la trata no hubieran llegado a ser efectivamente explotados no se les reconocería como víctimas y no verían aplicar sobre ellas las medidas de protección correspondientes. Piénsese, por ejemplo, en aquellas que fuesen oportunas para evitar su revictimización o su sometimiento a represalias; o para suministrarles la asistencia necesaria para su recuperación física, psicológica y social; o para, en el caso de los niños considerados individuos especiales por el propio Protocolo de Palermo – Artículo 6 apartado 4 –, tener en cuenta su condición de personas tratadas y la correlativa implicación de esta condición con el principio del interés superior del menor.<sup>301</sup> O, incluso, reconectando con el propósito de procesar a los tratantes, la falta de atribución del carácter de víctima a quien no llegó a ser explotado, deja sin valor probatorio su posible testimonio para, por ejemplo, desarticular una posible red de trata la cual, por otro lado, tampoco sería considerada como tal si no hubiese logrado su fin de explotación.

Obviamente, tras todo lo dicho, nada resta para que cuando efectivamente la finalidad de explotación de trabajo forzoso llegue a producirse, la actividad encuentre amparo a su vez bajo el Convenio de 1930 (No. 29). Pero esto no convierte a la trata de personas en trabajo forzoso, sino que ciertamente ocurriría que el trabajo forzoso se habría dado.

### 3.3.3. Tercer round: trabajo forzoso vs. explotación sexual

Al igual que en lo que acaba de ser presentado, surgen cuestiones no del todo pacíficas con respecto a la equiparación de la explotación sexual con el trabajo forzoso. Como se

---

<sup>301</sup> El principio del interés superior del menor viene recogido en la *Convención de los Derechos del Niño* – CRC, en sus siglas en inglés – de 1989 implicando que debe darse prioridad al bienestar de los niños (vid Artículo 9 y Artículo 21 CRC). En los supuestos de las víctimas de trata menores de edad, este principio cobra un rol determinante por cuanto cuando haya que reunificar al niño con su familia corresponderá valorar previamente si tal decisión es susceptible de exponerlo a un abuso o a una negligencia que conllevaran su revictimización en la trata de personas. La puesta en práctica del principio requiere de procedimientos específicos que atiendan a la gravedad del abuso para garantizar y priorizar la seguridad del menor (U.N. UNHCR, *Guidelines on Determining the Best Interest of the Child*, (May 2008): 32, 63, 69. <http://www.unhcr.org/4566b16b2.pdf> [Consultado el 20 de julio de 2017]). Sobre el asunto, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas ha destacado en su Observación General No. 6 del 2005 la atención particular que requieren los niños víctimas de la trata de personas debido a su alto riesgo de revictimización, de donde viene la importancia de su correcta identificación como víctimas. El Comité CRC destaca: “Children who are at risk of being re-trafficked should not be returned to their country of origin unless it is in their best interests and appropriate measures for their protection have been taken. States should consider complementary forms of protection for trafficked children when return is not in their best interests” (Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 6 (2005), *Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin*, Thirty-ninth session, 17 May – 3 June 2005, (UN Doc. CRC/GC/2005/6), párr. 53).

vio, el Comité de Expertos de la OIT en el año 2007 declaraba que aunque en la definición de la trata de seres humanos contenida en el Protocolo de Palermo se hubiera dibujado una cierta distinción entre la trata dirigida al trabajo forzoso y la trata dirigida a la explotación sexual, esto no debía llevar a la conclusión de que la explotación sexual coercitiva y la prostitución forzada no constituyan trabajo forzoso.<sup>302</sup>

Con lo analizado hasta este momento, se ha entendido que la OIT sufre de una tendencia expansionista consistente en extender los dominios del trabajo forzoso sobre otros tipos de explotación. No obstante, tal y como ha venido ocurriendo en cada caso, aquí también la clasificación de la explotación sexual como una forma de trabajo forzoso acarrearía un abanico de implicaciones.

Concretamente, considerar esta afirmación de manera rotunda llevaría a meterse de lleno en las complicadas lindes del debate de la prostitución y a abrir, como efecto resultante, todo un abanico de posibles cuestiones. Tomando aquella premisa como cierta, correspondería plantear qué supondría tal aseveración para los ordenamientos jurídicos en los que se criminaliza la prostitución. ¿Tendrían que reconocer que ésta es un trabajo para que cuando se den los requisitos de su explotación entonces se pueda identificar la existencia de una explotación laboral y no de una actividad delictiva? O, ¿qué implicaciones conllevaría tal asunción en aquellos otros ordenamientos jurídicos donde el ejercicio de la prostitución no se criminaliza pero en los que ésta no es considerada como un trabajo y, por lo tanto, no se le atribuyen los beneficios de las leyes laborales? ¿Estarían las legislaciones de aquellos Estados vulnerando los derechos de los, entonces, trabajadores de la prostitución?

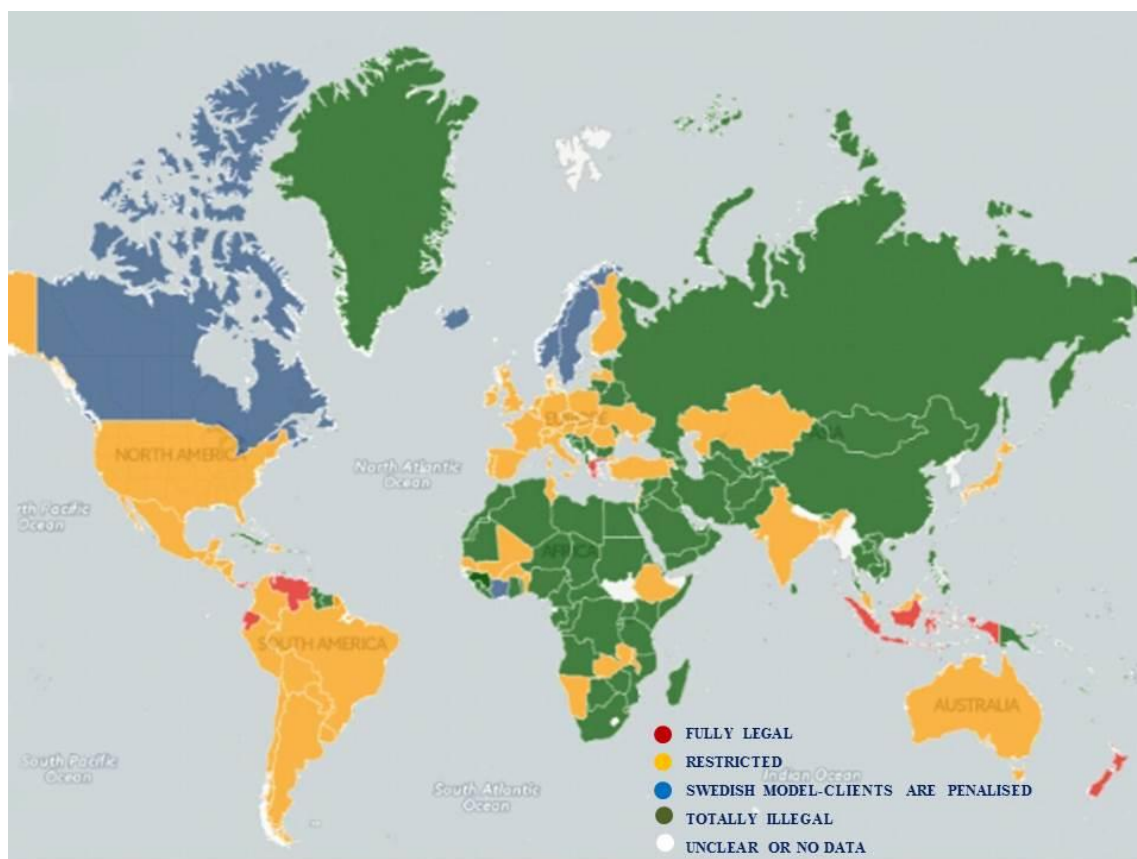
Subsumir de manera concluyente a la explotación sexual dentro del trabajo forzoso como una forma de éste, supone adentrarse en este tipo de cuestiones e implica una posterior toma de decisión decantándose por el sentido del rumbo del debate sobre la prostitución a nivel global. En esto, hay que recordar que, en el ámbito de la trata de personas, la evitación de cualquier posicionamiento en este debate encuentra su germen en los trabajos iniciales, realizados hace más de un siglo, sobre las codificaciones de los primeros tratados sobre trata y que, el debate se ha demostrado tan consustancial a la progresión histórica de la codificación de esta materia que, expresamente, durante los *travaux préparatoires* de Palermo se acordó no entrar en tales aguas, dejando a los

---

<sup>302</sup> U.N. ILO, *Eradication of Forced Labour*, párr.78.

ordenamientos jurídicos nacionales la determinación del régimen aplicable en estos asuntos.

Así visto, la equiparación de materias propuesta por la OIT supondría una toma de decisión sobre la dirección del debate sobre la prostitución que implicaría, por todo lo demás, una multiplicidad de consecuencias para las legislaciones internas de los Estados que deberían adaptarse en aras a evitar antinomias jurídicas. Por todo ello, visto el desigual estado actual de las legislaciones sobre prostitución en el mundo, sólo cabe desear buena suerte a quien intente, por ahora, homogenizar la visión de la explotación de la prostitución como una forma de trabajo forzoso. Es más, satisfaciendo a la curiosidad vale la pena echarles un vistazo:<sup>303</sup>



<sup>303</sup> Con la adición de este mapa sobre el estado de las legislaciones sobre prostitución en el mundo se busca, simplemente, mostrar las dificultades a afrontar para unificar, sobre este respecto, los ordenamientos jurídicos nacionales. En materia de prostitución, las variaciones en la legislación se mueven entre aquellos países en los que su ejercicio es completamente legal; aquellos otros en los que está restringida y donde tampoco puede predicarse la uniformidad puesto que el estatus de legalidad o ilegalidad varía en tres niveles, a saber, los burdeles, el proxenetismo y el ejercicio de la prostitución, los cuales además pueden tener variaciones internas; asimismo, se señalan otros países donde se aplica el sistema sueco, consistente en penalizar a la demanda de prostitución; y, por último, se encuentran aquellas naciones donde la prostitución es completamente ilegal. (Fuente y acceso al mapa interactivo: [https://asabennett.carto.com/viz/197aab94-083d-11e5-b14f-0e49835281d6/public\\_map](https://asabennett.carto.com/viz/197aab94-083d-11e5-b14f-0e49835281d6/public_map) Año: 2015. Visto en: <http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/law-and-order/11642984/Prostitution-pimping-and-brothels-how-legal-are-they-across-the-world.html> [Consultado el 20 de julio 2017].).



En sintonía con lo que viene de ser elaborado, Gallagher ha apuntado que la prohibición internacional del trabajo forzoso no se ha invocado ni a nivel internacional ni regional en situaciones de trata o de explotación de la prostitución y que, claramente, en esto subyace la reluctancia a identificar los resultados típicos de la trata, particularmente el trabajo sexual, como trabajo.<sup>304</sup>

La hipótesis hasta aquí mantenida, lejos de quedar en un plano meramente teórico ha visto su reflejo y acogida en un plano fáctico donde se ha mostrado, con ocasión de los debates que precederían a la adopción del *Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930*, una clara reticencia por parte de los Estados participantes a asumir la sugerida identificación de la explotación sexual como una forma de trabajo forzoso.

Ciertamente, durante las negociaciones del Protocolo de 2014 se habría manifestado la oposición de los Estados participantes a que se diera una identificación rotunda de la explotación sexual como una forma de trabajo forzoso. La primera manifestación de tal desacuerdo se originaría en la negociación del texto propuesto en el entonces séptimo párrafo del preámbulo, que rezaba:

“Reconociendo que la trata de personas dirigida a la explotación laboral o sexual es objeto de creciente preocupación internacional y requiere de acción urgente para su eliminación efectiva”<sup>305</sup>

Como respuesta a esta proposición, el portavoz del gobierno de Grecia, hablando en representación de los Estados Miembros de la Unión Europea introduciría una enmienda al texto para reemplazar las palabras “explotación laboral o sexual” por “trabajo forzoso” y ello porque consideraba que debía quedar claro que el objetivo del Protocolo de 2014 no era abordar la explotación sexual sino erradicar el trabajo forzoso en todas sus formas. A pesar de que la enmienda disfrutaba de apoyos fue rechazada, originando que el gobierno de la India introdujera una nueva solicitud de reforma del texto. En este nuevo intento se solicitaba la eliminación de las palabras “o sexual” insistiendo en que

---

<sup>304</sup> Anne T. Gallagher, “Using International Human Rights Law to Better Protect Victims of Trafficking: The Prohibitions on Slavery, Servitude, Forced Labor, and Debt Bondage”. En *The Theory and Practice of International Criminal Law: Essays in Honour of M. Cherif Bassiouni*, eds. Leila.N. Sadat and Michael P. Scharf (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008), 429.

<sup>305</sup> U.N. ILO, *Strengthening action to end forced labour*, Geneva: International Labour Conference, Report IV (2B), 103<sup>rd</sup> Session, 2014. [http://www.oit.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_239814.pdf](http://www.oit.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_239814.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].

las referencias a la explotación laboral bastarían “teniendo en cuenta el hecho de que la explotación sexual no es un asunto laboral sino un delito penal grave”.<sup>306</sup>

Nuevamente la enmienda no sería adoptada y para ello, el vicepresidente por los empleadores, el Sr. E. Potter, y el vicepresidente por los trabajadores, el Sr. Y. Veyrier, alegarían que la explotación sexual está vinculada al trabajo forzoso y que las investigaciones de la OIT claramente ilustran la asociación entre la trata de personas con fines de trabajo forzoso y con fines de explotación sexual.<sup>307</sup>

Sin embargo, vistas las reticencias expresadas, a las que se añadiría el gobierno de Suecia, el Sr. E. Potter introduciría una nueva enmienda al párrafo, de forma que éste se refiriese a la trata de personas “con fines laborales, lo que podría incluir a la explotación sexual” con la intención – diría – de poner el acento sobre la dimensión laboral mientras seguía mencionándose a la explotación sexual. Sin embargo, el representante del gobierno de Camerún se opondría a particularizar a la explotación sexual como una forma de trabajo forzoso y, desde el gobierno de Suecia, se subrayaría que, siendo ambos crímenes graves, no debían ser confundidos. A esta declaración se sumarían otros, particularmente, los gobiernos de Irlanda y de España que apoyarían la postura sueca considerando que “la trata de personas con fines de explotación sexual no puede ser considerada como una forma de trabajo forzoso”.<sup>308</sup>

Finalmente, las posiciones empezarían a aproximarse y los gobiernos de Benín, República Democrática del Congo y Turquía argumentarían que la enmienda presentada por el Sr. E. Potter, distinguía entre las dos opciones mientras aún se dirigía a ambas. Visto el cariz que presentaba la evolución del debate, el Sr. Y. Veyrier, tomaría el relevo de esta idea y, como si la pretensión de vincular a la explotación sexual con el trabajo forzoso nunca hubiera sido ni propuesta ni defendida, concluiría la cuestión afirmando que los allí presentes estaban fundamentalmente de acuerdo, pero no estaban “leyendo el texto del mismo modo”. Esto habría sido así puesto que con el texto original presentado o las enmiendas, no se buscaba asimilar a la trata con fines de explotación

---

<sup>306</sup> U.N. ILO, *Fourth item on the agenda: Supplementing the Forced Labour Convention, 1930 (No. 29), to address implementation gaps to advance prevention, protection and compensation measures, to effectively achieve the elimination of forced labour*, Report of the Committee on Forced Labour, Provisional Record, 103rd Session, Geneva, May-June 2014, párr. 116-123. [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_246188.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_246188.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].

<sup>307</sup> U.N. ILO, *Fourth item on the agenda*, párr. 124-125.

<sup>308</sup> U.N. ILO, *Fourth item on the agenda*, párr. 131, 134, 138, 139.

sexual con el trabajo forzoso, de hecho – continuaba afirmando –, “la explotación sexual era diferente del trabajo forzoso”. La enmienda presentada – terminaría por declarar – simplemente indicaba que la trata de personas puede incluir la explotación sexual lo cual sería relevante como una mera descripción del entorno o contexto del trabajo forzado. Por todo ello – concluiría – el Comité no debía continuar ocupándose de un asunto que no afectaría el propósito del Protocolo en elaboración sino que simplemente describiría su contexto.<sup>309</sup>

Efectivamente, como ya se anticipó antes, poca suerte se auguraba a quienes se adentrasen en las lindes del debate de la prostitución en este contexto. La línea de oposición general quedaba bien representada con la declaración final del miembro del gobierno de la India quien concluía manifestando que “bajo ninguna circunstancia la explotación sexual debe considerarse una forma de trabajo”, y que su unión al consenso derivaba de la referencia a la explotación sexual sólo como una consecuencia del trabajo forzoso.<sup>310</sup> El resultado de la negociación sería la adopción, bajo la interpretación propuesta, del párrafo final con el tenor:

“Reconociendo que el contexto y las formas del trabajo forzoso u obligatorio han cambiado y que la trata de personas dirigida al fin de trabajo forzoso u obligatorio, que podría implicar explotación sexual, es objeto de creciente preocupación internacional y requiere de acción urgente para su eliminación efectiva”.

#### 3.3.4. K.O.

A modo de cierre, cabe hacer una apreciación final que tiene su origen en lo que acaba de ser visto y su terminación en lo que queda por venir. En el origen, en este apartado viene de ser analizado cómo desde la conceptualización del trabajo forzoso que ha venido emanando del perímetro de la Organización Internacional del Trabajo se le ha dibujado como un concepto omnicomprendivo, tendente a solaparse con diversos propósitos de explotación o, salvo excepciones, con la trata de personas en sí misma, de forma que estos últimos serían considerados como manifestaciones de trabajo forzoso. A pesar de ello, un análisis más cercano de la relación entre unas y otras ofensas muestra que estas equivalencias no son posibles sin desvirtuar a aquellas figuras tal y cómo son entendidas, o sin atribuir efectos a unas que sólo corresponderían a otras.

---

<sup>309</sup> U.N. ILO, *Fourth item on the agenda*, párr. 140-142.

<sup>310</sup> U.N. ILO, *Fourth item on the agenda*, párr. 147.

Sin embargo, como se verá a continuación, esta tendencia a concebir a los tipos de explotación como conceptos omnicomprendivos no es exclusiva del trabajo forzoso y no termina con él. Muchos de quienes luchan por la supresión de un determinado tipo de explotación tienden a subsumir al resto dentro de aquella. No obstante, acaban de ser expuestas varias dificultades de concluir con éxito tal labor las cuales son, asimismo, predicables de las distintas equiparaciones propuestas en este ámbito. De esta manera, por ejemplo, hay una clara imposibilidad de considerar a la esclavitud, a la servidumbre o al trabajo forzoso como trata de órganos; o de entender que uno de estos tipos de explotación engloba a la trata de personas en su conjunto sin incurrir en una tautología y en una ignorancia deliberada sobre las particularidades que han venido modulándose históricamente hasta conformar a las distintas figuras; o, igualmente, las equiparaciones se enfrentan con un escollo insalvable cuando se atiende al abanico de implicaciones derivadas de una o de otra de estas formas. Más sobre esto está por venir.

#### 4. La esclavitud

“El que por una ley natural no se pertenece a sí mismo, sino que, no obstante ser hombre, pertenece a otro, es naturalmente esclavo. Es hombre de otro el que, en tanto que hombre, se convierte en una propiedad, y como propiedad es un instrumento de uso y completamente individual.”

Aristóteles, *Política* (Libro I Capítulo II “de la esclavitud”)

##### 4.1. Breve introducción de la relación histórica entre la trata de personas y la esclavitud

En la definición de la trata de personas consagrada en el Protocolo de Palermo, otra de las finalidades de explotación a la que esta actividad puede dirigirse es la esclavitud. La inclusión de este propósito de explotación, como la de todos las demás a excepción de la explotación sexual y de la prostitución ajena, vendrá de la mano de este tratado.

Si bien el hecho de sostener que la esclavitud ha sido históricamente ajena a la figura de la trata puede ser puesto en duda en razón de la denominación histórica de ésta, un vistazo al contexto de la época disipa todo cuestionamiento sobre la inexistencia de una intención de crear un vínculo real entre ellas.

En efecto, centrando la atención en los inicios de la conciencia de la existencia de la trata de seres humanos, esto es, ajustando el foco sobre la primera etapa correspondiente a la segunda mitad del S.XIX donde aún se la entendía exclusivamente bajo la

configuración de la trata de blancas o – para mostrar claramente el posible conflicto en razón de la denominación atribuida – la esclavitud blanca – *white slavery*, según era conocida en inglés –; la asociación con el término esclavitud proviene de unas condiciones muy determinadas. Al respecto, Knepper ha hecho notar que el término inglés *white slave trade* simplemente pretendía enfatizar la gravedad de la actividad como una ofensa moral, reflejando una “época de melodrama” en la que trabajadores y mujeres se describían como *esclavos* para enfatizar ante el gobierno indiferente la dificultad de sus circunstancias.<sup>311</sup>

Esta asociación de índole social entre la trata y el término esclavitud no encontraría la misma acogida en un plano legislativo donde fue descartada desde un principio. En esto, es lo propio recordar cómo durante el transcurso de la Conferencia Internacional de 1902 donde se negociarían los dos primeros tratados en la materia, a saber, el Acuerdo de 1904 y la Convención de 1910, se puso expresamente de relieve lo impropio de la utilización del término en un instrumento legislativo o convencional puesto que ni todas las víctimas eran blancas ni eran esclavas (*vid ut supra* p. 27).

La convicción de que la trata no era *per se* subsumible en la figura de la esclavitud, era clara en otros foros y así, esta posibilidad se excluyó expresamente durante las negociaciones del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 1966. Allí, durante los trabajos de redacción de su Artículo 8, al ocuparse de la prohibición de la esclavitud, se sugirió sustituir el término *trata de esclavos* por el de *trata de seres humanos* con la finalidad de cubrir a la trata de mujeres. Como es fácil entender, el cambio se proponía porque efectivamente no se entendía a la trata de mujeres incluida dentro de aquella figura de explotación. La falta de equiparación se confirmaría cuando la sugerencia no fue aceptada al estimarse que el precepto debía ocuparse únicamente de la trata de esclavos como tal. Más adelante se verá que este posicionamiento se extendería impregnando la postura mantenida en el Artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (*vid ut infra* pp. 226 y 227).<sup>312</sup>

---

<sup>311</sup> El énfasis en la gravedad del daño moral se conseguía fomentando la analogía con la trata de esclavos africana argumentando que, aunque esta última había sido abolida, la trata de mujeres jóvenes continuaba y, aunque en menor escala, era más odiosa puesto que acaecía en medio de naciones cristianas y civilizadas (Knepper, *The Invention of International Crime*, 98 y 102).

<sup>312</sup> Commission Européenne des Droits de L’Homme. *Travaux préparatoires* de l’Article 4 de la Convention, Document d’information établi par le Secrétariat de la Commission. Strasbourg, le 15 novembre 1962, (DH(62)10), pp. 15 y 16.

Tiempo después, de vuelta al plano contemporáneo de la trata, en el Protocolo de Palermo en los primeros momentos tampoco se relacionó a la trata de seres humanos con la esclavitud. En efecto, aunque esta información no es nueva, toca rememorar el hecho de que, en los tiempos de las negociaciones, la primera provisión contenedora de las finalidades de explotación a las que podía dirigirse la trata de personas que referenció un fin diferente de la tradicional explotación sexual incluía, como sola añadidura, al trabajo forzoso. No sería hasta que posteriormente se abrazó la idea de ampliar el elenco de propósitos de explotación que la esclavitud pasaría a formar parte del catálogo abierto de finalidades expresamente recogidas.

Durante las negociaciones de Palermo se reconocería expresamente que la esclavitud, en el contexto de este tratado, debe entenderse siguiendo el tenor de la *Convención sobre la Esclavitud* de 1926.<sup>313314</sup> Ésta parecería ser la elección natural y lógica teniendo en cuenta que durante aquel proceso también se había señalado que los redactores debían considerar el trabajo desarrollado en otros foros internacionales,<sup>315</sup> y que en el texto final del tratado, se dispondría de manera vinculante que el Protocolo debía interpretarse en relación a los demás instrumentos internacionales existentes – Artículo 14 –.

#### 4.2. La esclavitud como figura omnicomprensiva: la trata como una forma de esclavitud

A pesar de que, efectivamente, la esclavitud y la trata de personas, figuras éstas con orígenes bien diferenciados, han sido constantemente discriminadas la una de la otra en sus tratamientos legislativos respectivos, la sugerencia de su unión se ha dado en el pasado y persiste a diferentes niveles. Actualmente, adentrarse en el territorio de la esclavitud durante el análisis de los elementos de la trata de seres humanos es entrar en un terreno que ve florecer posiciones antagónicas.

Efectivamente, dejando de lado el hecho ya expuesto de que a lo largo de la concreción histórica de ambas figuras ninguna se ha considerado incluida dentro de la otra, en el año 2002, Weissbrodt, conjuntamente con la Anti-Slavery International,

---

[http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART4-DH\(62\)10-BIL1712017.PDF](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART4-DH(62)10-BIL1712017.PDF)  
[Consultado el 20 de julio de 2017].

<sup>313</sup> *Slavery Convention*, Geneva, 25 September 1926, entrada en vigor el 9 de marzo de 1927, LNTS 60, 254.

<sup>314</sup> U.N. AGNU, *Ad Hoc* Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime, *Revised draft Protocol...*, (UN Doc. A/AC.254/4/Add.3/Rev.6), pie de página 24.

<sup>315</sup> U.N. AGNU, *Ad Hoc* Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime. *Proposals and contributions received from Governments*, (UN Doc. A/AC.254/5/Add.3), p.6.

presentaba un informe al antiguo Grupo de Trabajo sobre las formas Contemporáneas de Esclavitud de las Naciones Unidas sobre la *Abolición de la Esclavitud y sus Formas Contemporáneas* proponiendo lo contrario.

En aquel informe, la introducción de la idea de la subsunción de la trata dentro de la esclavitud se llevaría a cabo partiendo de una omisión completa de la verdadera intención que habría dirigido a los negociadores durante los trabajos de los primeros tratados internacionales sobre la trata de blancas. En aquel primer acercamiento a la cuestión, se sentarían las bases para meter a una figura dentro de la otra declarando que, si bien el abuso representado por la trata de mujeres para su prostitución, recogido en una serie de tratados internacionales en el periodo anterior a la Segunda Guerra Mundial, no había sido mencionado en la Convención sobre la Esclavitud o asumido por los diferentes comités de expertos sobre esclavitud, sin embargo, cabía resaltar que la primera de las convenciones sobre la trata de mujeres hacía referencia en su título a la “trata de esclavas blancas” – *white slave trade* –.<sup>316</sup> Con esta afirmación, Weissbrodt y Anti-Slavery International, estarían allanando el terreno para confundir ambas figuras.

La posible interpretación de que aquella primera asociación no es más que el establecimiento de una mera relación sin trascendencia entre materias sería llevarse a engaño. Para ver que esto no es así, hay que partir de la presentación de la definición de la esclavitud establecida en la Convención sobre la Esclavitud de 1926 en su Artículo 1. De acuerdo con esta disposición:

“La esclavitud es el estatus o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan todas o algunas de las facultades vinculadas al derecho de propiedad”<sup>317</sup>

Partiendo de esta proposición, Weissbrodt declararía que la utilización de la frase “todas o algunas de las facultades vinculadas al derecho de propiedad” estaría destinada a presentar una definición expansiva y comprehensiva de la esclavitud susceptible de incluir no sólo las formas involucradas en la trata de esclavos africana, sino también otras prácticas de naturaleza y efectos similares. Su razonamiento seguiría explicando que, junto a la esclavitud tradicional – *chattel slavery* – donde los amos trataban a sus esclavos como si fueran posesiones, surge un nuevo contexto en el que las

---

<sup>316</sup> Weissbrodt and Anti-Slavery International. *Abolishing Slavery and its Contemporary Forms*, 5, párr. 14.

<sup>317</sup> “Slavery is the status or condition of a person over whom any or all of the powers attaching to the right of ownership are exercised”.

circunstancias de la persona esclavizada son cruciales para identificar qué prácticas constituyen esclavitud. Entre los elementos de control y propiedad determinantes se encontrarían el grado de restricción del derecho de libertad y de movimiento de un individuo, el grado de control de sus posesiones personales, o la inexistencia de consentimiento informado de la naturaleza de la relación entre las partes, de forma que, los individuos serían privados de la capacidad de elección y de control de sus vidas.<sup>318</sup>

Tomando como base estos criterios – que por lo demás y cómo se verá más adelante son efectivamente de control pero no suficientes para alcanzar el umbral de la esclavitud –, se introducirá un compendio de lo que consideran como formas de esclavitud y prácticas semejables a la esclavitud – *slavery-like practices*, término que, por lo demás, ha sido criticado<sup>319</sup> –. A lo largo de este listado se incluirá todo un catálogo de prácticas de explotación que se asimilarán, de manera general, con la esclavitud, expandiendo su concepto para dar cabida a las figuras de la servidumbre de la gleba y de la servidumbre por deudas – comprendidas en la *Convención Suplementaria sobre la abolición de la esclavitud* de 1956 y, en principio, no en los dos casos equiparables siempre a la esclavitud (*vid ut infra* apdos. 6.3.1. y 6.3.2.) –; al trabajo forzoso – poseedora de su propia naturaleza y también excluida como tal como esclavitud salvo que ascendiera a tal forma (*vid ut supra* p. 122) –, y de igual manera, a la trata de personas; a la prostitución manifestada como prostitución forzosa, prostitución infantil, esclavitud sexual o turismo sexual; a los matrimonios forzosos y a la venta de esposas; al trabajo infantil y a la servidumbre infantil; y, por último, al apartheid y al colonialismo.<sup>320</sup>

Visto esto, como se adelantó, puede apreciarse de qué manera aquella primera, en apariencia somera, asociación entre, de un lado, la terminología que había sido utilizada en los primeros tratados internacionales sobre trata de blancas y, de otro lado, la esclavitud, no era dar una puntada sin hilo. Efectivamente, muy por el contrario, se

---

<sup>318</sup> Weissbrodt and Anti-Slavery International. *Abolishing Slavery and its Contemporary Forms*, 7, párr. 19-22.

<sup>319</sup> La crítica de este término viene de la mano de Allain quien ha subrayado que tras su introducción en 1966 como un medio para denunciar visceralmente el apartheid, rápidamente se convertiría en sinónimo, dentro del sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas, con “demonios sociales tan diversos como el incesto y la mutilación genital femenina”, denunciando que su utilización confunde lo político con lo legal (Jean Allain, “The International Legal Regime of Slavery and Human Exploitation and its Obfuscation by the Term of Art: ‘Slavery-like Practice’”, *Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux* 10 (2012): 27. En: <https://www.unicaen.fr/puc/images/crdf1003allain.pdf>) [Consultado el 20 de julio de 2017]).

<sup>320</sup> *Vid* Weissbrodt and Anti-Slavery International. *Abolishing Slavery and its Contemporary Forms*, párr. 30-149.



mostraría como la manifestación de un posicionamiento que sería concretado posteriormente con la afirmación plena de que “la trata de personas puede ser vista como el equivalente moderno de la trata de esclavos del S.XIX”.<sup>321</sup> Tal declaración lleva a plantearse cuál es la construcción detrás del razonamiento que permite al autor posicionarse en tal aseveración.

En su exposición, a pesar de que entiende y expone que la trata de personas se concibe como dirigida a una lista abierta de finalidades y que expresamente enumeradas hay ocho y que tan sólo una de ellas es la esclavitud, mantiene que la trata es en su globalidad una manifestación moderna de ésta. La afirmación se le facilita por cuanto a lo largo de su exposición se habría ido encargando de asimilar, de forma individualizada, a toda aquella serie de tipos de explotación ya expuestas con la esclavitud. De esta manera, así visto, en el momento de ocuparse de la trata, ya sólo quedaría “en pie” el tipo de la *trata de personas con fines de esclavitud* – haciendo, por cierto, omisión absoluta al fin de extracción de órganos –. Bajo este panorama, llegados a este punto, la subsunción final de la trata en la esclavitud no parecería demandarle grandes exigencias y, efectivamente, sin una mayor explicación vincula a las figuras a través del elemento de medios de la trata entendiendo que el hecho de que en ambas se puedan identificar medios de control y coerción – aunque más detallados en el caso de Palermo – crearía una asociación entre ellas.<sup>322</sup>

Esto es, la operación llevada a cabo consiste en basar la identificación de la esclavitud en la presencia de elementos de control – aunque sin identificar la naturaleza definitoria de tal control – de forma que, cuando éste existe, habría esclavitud. Es por ello que reconociendo al segundo elemento de la trata, a los medios comisivos – a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad

---

<sup>321</sup> Vid Weissbrodt and Anti-Slavery International. *Abolishing Slavery and its Contemporary Forms*, 18 y 19, párr. 62 y 64.

<sup>322</sup> Así, tras exponer la definición de la trata de personas consagrada en el Protocolo de Palermo, declara: “The second element of this definition creates an association between the Trafficking Protocol and earlier international instruments concerning slavery, as the means mentioned include “the threat or use of force or other forms of coercion”. The definition of abusive situations in the Trafficking Protocol goes beyond the means of control and coercion invoked in the slavery conventions to include deception and the abuse of power and vulnerability” (Vid Weissbrodt and Anti-Slavery International. *Abolishing Slavery and its Contemporary Forms*, 22, párr. 73).

sobre otra –, como manifestaciones de control, ésta pasaría a ser considerada como una forma de esclavitud.

No obstante, hay que tener en cuenta que la amplitud de los márgenes del concepto de control propuesto por Weissbrodt permitiría asimilar a la esclavitud a una gran variedad de situaciones relacionales que en la realidad no ascenderían a tal práctica y, en casos, ni se le parecerían. Piénsese, por ejemplo, en que aquellos tres elementos de control presentados en el informe, a saber, uno, el grado de restricción del derecho de libertad y de movimiento de un individuo; dos, el grado de control de sus posesiones personales; o, tres, la inexistencia de consentimiento informado de la naturaleza de la relación entre las partes, de forma que, los individuos serían privados de la capacidad de elección y de control de sus vidas, podrían ser atribuibles a situaciones muy distintas. Así, en el caso de una persona recluida en una institución mental que, obteniendo sus ingresos de tales internamientos, podría establecer una total restricción de la libertad de los movimientos de la persona, un total control de sus bienes personales, incluyendo la restricción del uso y manejo de su propia economía, y, todo esto, bajo la inexistencia de su consentimiento o del completo entendimiento de la naturaleza de la relación que, por lo demás, puede haber sido impuesta por la fuerza no pudiendo predicarse que el individuo disfrutase en tales casos de una capacidad de elección y de control de su vida.

Es por ello que, pese al atractivo que para muchos suscita el listar actividades bajo el encabezado de *formas de esclavitud*, luego se verá que la caracterización como tal – o la ausencia de caracterización – dependerá exclusivamente de si la substancia del ejercicio de la actividad de explotación, con independencia de su apariencia, la hace ascender a esclavitud, y que esta substancia tomará forma sobre las características atribuibles a las facultades vinculadas al derecho de propiedad y no sobre la apreciación de un elemento de control en sentido amplio puesto que éste deberá tener una naturaleza muy específica.

A pesar de las posibles fugas de su discurso, esta construcción de Weissbrodt será una de las bases que han cimentado el posicionamiento posterior de una pluralidad de voces que vendrán a sumarse a la subsunción pura y simple de la trata de personas dentro del tipo de explotación de la esclavitud, por todo lo cual interesa que haya sido expuesta. Así, por ejemplo, Silvia Scarpa introduce su trabajo sobre la trata de personas manifestando que “mientras la esclavitud y la trata de esclavos fueron abolidas hace

mucho tiempo, nuevas y más sutiles prácticas semejables a la esclavitud están aumentando de manera alarmante en muchas partes del mundo” de entre las que se destaca la trata de seres humanos. La autora de hecho apoya su proposición en el trabajo hasta aquí presentado realizado por Weissbrodt y la Anti-Slavery International para, sin mayor desarrollo del razonamiento que respalda tal afirmación, tomarla como base cierta de su trabajo.<sup>323</sup> De igual manera, se encontrarán quienes presentarán, como la premisa de partida de su trabajo, la afirmación contundente de que la trata de personas es una forma contemporánea de esclavitud<sup>324</sup> y, otros, movidos por la misma idea, se sumarán a esta posición basándose en que la Anti-Slavery International identifica seis formas de esclavitud del S.XXI entre las cuales se encontraría la trata de personas, procediendo a listar, para apoyar esta visión, al Protocolo de Palermo como parte de una clasificación de acuerdos internacionales que habrían “mejorado la definición de esclavitud”.<sup>325</sup>

Sin embargo, al igual que se dejó claro al presentar al trabajo forzoso, la trata no es en sí misma las diferentes tipologías de explotación a las que puede dirigirse, sino el proceso por el cual éstas pueden ser logradas. Esto va de la mano con el entendimiento de que aquellas tipologías de explotación no son partes o formas las unas de las otras. Así, el trabajo forzoso no asciende a esclavitud – en cuyo caso sería esclavitud y no trabajo forzoso – si no se dan las condiciones de ésta – expuestas en el apartado siguiente –. Lo mismo ocurrirá con las prácticas análogas a la esclavitud y servidumbres, como se verá más adelante. Además, el reconocimiento de uno u otro tipo de explotación no tiene las mismas consecuencias, de forma que sólo a la esclavitud

---

<sup>323</sup> Silvia Scarpa. *Trafficking in Human Beings: Modern Slavery*. (New York: Oxford University Press, 2008), 1 y 4.

<sup>324</sup> Por ejemplo, Quirk inicia su trabajo introduciendo que: “Slavery is often thought of as an obvious wrong that belong in the past. This complacent viewpoint belies a range of complex and often longstanding problems, which fall under the rubric of “contemporary forms of slavery”. These include (...) human trafficking” (Joel F. Quirk, “The Anti-Slavery Project: Linking the Historical and Contemporary”, *Human Rights Quarterly* 28, 3 (2006): 565). Asimismo, Wong afirma que: “Human trafficking, along with other “slavery-like” practices may very well be understood as a form of contemporary slavery” (Wendy H. Wong, “Is Trafficking Slavery? Anti-Slavery International in the Twenty-first Century”, *Human Rights Review* 12, no 3 (2011): 326). Igualmente, Anna María Badia Martí declara que, en la práctica, puede ser muy difícil diferenciar a la trata y a la esclavitud y que “su delimitación obedece a su específica evolución normativa, y a pesar de constituir tipos independientes pueden subsumirse, y de hecho así es bajo la categoría de ‘formas contemporáneas de esclavitud’” (Anna María Badia Martí, “Noción jurídica internacional de la trata de personas, especialmente mujeres y niños”, en: *Soberanía del Estado y derecho internacional: Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*. Coords. Marina Vargas Gómez-Urrutia y Ana Salinas de Frías, Vol. 1 (Universidad de Sevilla, 2005), 192, 193.

<sup>325</sup> Claude Welch, “Defining Contemporary Forms of Slavery: Updating a Venerable NGO”, *Human Rights Quarterly* 31 (2009): 73 y 111.

se le ha reconocido el carácter de norma de *jus cogens*. Asimismo, ocurre que la trata con fines de explotación sexual o de la prostitución de otros ha sido históricamente y en multitud de ocasiones expresamente descartada como esclavitud y, además, atendiendo a su concreción en vista de su recorrido histórico, no se conseguiría equiparar a una explotación laboral de manera uniforme. Por último, y resaltando la obviedad, la extracción de órganos poco tiene que ver con cualquiera de las demás.

Así las cosas, como se verá a continuación, a pesar del carácter expansivo que se ha atribuido a la esclavitud, otorgándosele un carácter omnicompreensivo, a día de hoy, se construye con fuerza un concepto de este tipo de explotación de las personas bien delimitado que busca, justamente, que bajo su forma sólo quepa ella y no otra cosa, todo ello en pro de la certeza legal y de la coherencia con la voluntad de los redactores de la Convención de 1926.

#### 4.3. La determinación del concepto de esclavitud

Siguiendo las propias indicaciones de Palermo, el concepto de esclavitud que se maneja en el ámbito de la trata de personas es el imperante en el derecho internacional o, con mayor exactitud, el consagrado en la Convención sobre la Esclavitud de 1926 en su Artículo 1. Pero, como se ha visto, a pesar de contarse con un precepto determinado para definir lo que se entiende por esclavitud, los parámetros de esta definición legal no se muestran claros de manera que, bajo su amparo, se han incluido toda una serie de actividades de explotación que preocupan a la sociedad.

La delimitación del perímetro y la dotación de contenido del término legal *esclavitud*, tal y como debe entenderse actualmente, no puede proponerse sin acudir al trabajo que Allain ha desarrollado sobre el proceso de negociación de la Convención de 1926. En su análisis, el autor expone la misma conclusión que habrá sido fundamentada, en el 2008, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo australiano en el caso *R v Tang*,<sup>326</sup> por la cual el precepto puede ser aplicado a situaciones modernas de esclavitud en las cuales una persona no está legalmente esclavizada – esclavitud *de jure* –, pero se encuentra en condiciones de esclavitud *de facto*.<sup>327</sup>

---

<sup>326</sup> HCA. *The Queen v Tang* [2008] HCA 39 (Unreported, Gleeson CJ, Gummow, Kirby, Hayne, Heydon, Crennan and Kiefel JJ, 28 August 2008).

<sup>327</sup> Allain, *The Law and Slavery: Prohibiting Human Exploitation*, 23.

La cuestión a dilucidar sería la determinación de cuándo se estaría ante aquellos atributos del derecho de propiedad. Para ello, habría que atender “a la substancia de la relación y no a su forma” ocurriendo que, sólo cuando se pudieran detectar los atributos del derecho de propiedad, se establecerá que la conducta perteneciente al caso concreto constituiría esclavitud y ello con independencia de si “en nombre” se las identifica como otra figura.<sup>328</sup> Este método dirigido a discriminar lo que es esclavitud de lo que no, habría sido introducido por el Secretario General de las Naciones Unidas en 1953 quien subrayaba que tras los estudios llevados a cabo sobre la Convención de 1926 y sus negociaciones, se podía concluir con que las obligaciones de las Partes se extendían a todas las instituciones o prácticas, ya fueran designadas como *esclavitud* o no, siempre que, como indica el Artículo 1 de la Convención, se ejercieran sobre la persona “todas o algunas de las facultades vinculadas al derecho de propiedad”.<sup>329</sup>

Sin embargo, ocurriría que en los trabajos preparatorios de la Convención de 1926 no se contendría ninguna indicación sobre el significado de este elemento necesario para identificar una relación de esclavitud, ni tampoco en su articulado, instaurando, como subraya Gallagher, una ambigüedad que sería utilizada por académicos y activistas para justificar la expansión de la definición de la esclavitud<sup>330</sup> de la que ya se ha visto prueba al exponer la construcción de Weissbrodt y la Anti-Slavery International. Sobre esto, tal y como comentan Allain y Hickey, las consecuencias serán que, en la utilización del término para dar un énfasis visceral a incidentes que van mucho más allá de los parámetros de la esclavitud, la interpretación del vocablo se ha ampliado hasta dejarlo desprovisto de un sentido real,<sup>331</sup> distanciándose de su definición legal y viendo cómo se propondría alternatively una concepción de la esclavitud consonante con cualquier tipo de explotación.<sup>332</sup> Esta expansión no sería acorde con el significado atribuido a la esclavitud durante las negociaciones de su Convención de 1926. Efectivamente, se ha resaltado cómo, durante aquellos trabajos preparatorios, los Estados acordaron que allí se incluiría exclusivamente a este arquetipo de explotación

---

<sup>328</sup> *Ibid* Allain, *The Law and Slavery: Prohibiting Human Exploitation*, 26.

<sup>329</sup> U.N. ECOSOC, Report of the United Nations Secretary-General, *Slavery, the slave trade, and other forms of servitude*. 27 January 1953, (UN Doc. E/2357), párr. 36.

<sup>330</sup> Gallagher, *The International Law of Human Trafficking*, e-book, 33%-p. 179 of 535.

<sup>331</sup> Jean Allain and Robin Hickey, “Property and the definition of slavery”, *International and Comparative Law Quarterly* 61 (4) (2012): 916 y 917.

<sup>332</sup> Jean Allain, “The definition of slavery in international law”, *Howard Law Journal* 52 (2009): 242.

según era definido en el Artículo 1 del futuro tratado, de manera que otros tipos no encontrarían cabida y serían excluidos.<sup>333</sup>

Tanto Gallagher como Allain recurrirán al trabajo realizado por el Secretario General de las Naciones Unidas en 1953 como un primer pilar que ayudaría en la concretización del contenido de los atributos del derecho de propiedad característicos de la esclavitud. En aquel estudio, aceptando que efectivamente los redactores de la Convención de 1926 no suministraron indicación alguna del significado de la expresión ni se refirieron a un sistema legal que pudiera guiarles, asumen que el concepto básico que se tenía en mente era el de la autoridad del amo sobre el esclavo del Derecho Romano, la *dominica potestas*. Este tipo de autoridad era de naturaleza absoluta, pudiendo comparársela con el derecho de propiedad, e incluiría el derecho de adquirir, utilizar o disponer de una cosa o de un animal o de sus frutos o sus crías o, de igual manera, los hijos del esclavo pertenecerían al amo quien puede venderlos de manera separada de sus padres. Es en virtud de este derecho que el amo puede utilizar los servicios del esclavo en su casa o en sus tierras, sin nunca tener hacia sus esclavos las obligaciones que un empleador tiene hacia su empleado.<sup>334</sup>

De los estudios realizados se extraerán una serie de características predicables de los atributos del derecho de propiedad en relación al Artículo 1 de la Convención. Estas supondrían que:

1. el individuo de estatus servil puede ser objeto de compra;
2. el amo puede usar al individuo de estatus servil, y en particular su capacidad para trabajar, de una manera absoluta, sin más restricciones que aquellas establecidas por la ley;
3. los productos del trabajo del individuo de estatus servil se convierten en propiedad del amo sin una compensación proporcional al valor del trabajo;
4. la propiedad del individuo de estatus servil puede transferirse a otra persona;
5. el estatus servil es permanente, es decir, no puede ser terminado por la voluntad del individuo sujeto a ella;

---

<sup>333</sup> Allain, "The definition of slavery in international law", 247 y 248

<sup>334</sup> U.N. ECOSOC, Report of the United Nations Secretary-General, *Slavery, the slave trade...*, (UN Doc. E/2357), 27, 28.

6. el estatus servil es transmitido *ipso facto* a los descendientes del individuo con tal estatus.<sup>335</sup>

En el establecimiento de lo que debe entenderse por esclavitud, Bales ha declarado que a través de la historia, aquella ha consistido en tomar el control absoluto sobre una persona y explotar su trabajo, de manera que su esencia no reside en la propiedad legal o en el negocio de vender gente sino que, aquello que constituye su naturaleza, es el control de las personas a través de violencia y su uso para hacer dinero. Así visto, en lo más fundamental, la esclavitud contendría tres elementos: el control a través de la violencia, explotación económica y la pérdida del libre albedrío.<sup>336</sup> No obstante, al respecto ha sido señalado, que la definición sociológica establecida por este autor, a pesar de ofrecer una aproximación a la experiencia vivida en la actualidad por un esclavo, no será suficiente en tanto no es legalmente vinculante.<sup>337</sup> Esto supone que cuando Bales afirma que “hay más esclavos vivos en la actualidad que toda la gente que fue robada de África en los tiempos de la trata de esclavos transatlántica” y que su “mejor estimación del número de esclavos en el mundo hoy en día es de 27 millones”,<sup>338</sup> este cómputo estaría hecho sobre unos criterios diferentes a los que determinan, tal y como se verá a continuación, quién es un esclavo siguiendo los progresos hechos en el entendimiento de la definición legal de la esclavitud consagrada en la Convención de 1926.

Con vistas a ocuparse de fomentar la revitalización de la definición legal de la esclavitud, Allain declara la importancia del *caso Tang* en la labor de dotar de un contenido específico y ciertamente delimitable a los atributos del derecho de propiedad. En su exposición y presentación de los resultados de este pronunciamiento muestra cómo, allí, puesto que a la definición de esclavitud consagrada en la Convención de 1926 se la cataloga como un “estatus” o una “condición” de un individuo sobre el cual se ejercitan atributos del derecho de propiedad, se reconocería que se están entendiendo

---

<sup>335</sup> U.N. ECOSOC, Report of the United Nations Secretary-General, *Slavery, the slave trade...*, (UN Doc. E/2357), 28.

<sup>336</sup> Kevin Bales. *Ending Slavery. How We Free Today's Slaves*. (Berkeley-Los Ángeles- London: University of California Press, 2007), 10 y 11.

<sup>337</sup> Jean Allain and Kevin Bales, K., “Slavery and Its Definition”, *Global Dialogue* 14, No 2 (Summer/Autumn 2012) *Queen's University Belfast Law Research*, Paper No. 12-06: 6.

<sup>338</sup> Kevin Bales. *Disposable People. New Slavery in the Global Economy*, (Berkeley-Los Ángeles-London: University of California Press, 1999), 8 y 9.

recogidas dos manifestaciones, a saber, la propiedad *de jure* a la cual hace referencia el “estatus” y la propiedad *de facto* ligada a la “condición” del individuo.<sup>339</sup>

En el segundo supuesto, en las condiciones *de facto*, la definición estará haciendo referencia al ejercicio sobre una persona del tipo de atributos que se vinculan al derecho de propiedad cuando el estatus legal era posible. En la determinación de esos poderes o atributos, el tribunal australiano establecería primero que diferenciar entre la esclavitud y las condiciones de explotación del trabajo requeriría fijarse en la naturaleza y en la extensión de los poderes ejercitados sobre el individuo que irían más allá de aquellos ejercidos incluso en graves circunstancias de explotación laboral. El tribunal, estableciendo una clave para diferenciar cuando los poderes practicados ascenderían a esclavitud, partiría de la identificación de los presentes en el caso concreto. Específicamente señalaría cuatro: 1. el poder de comprar a los demandantes; 2. la capacidad de usar a los demandantes y su trabajo de manera no restringida durante el tiempo de duración del contrato; 3. el poder de controlar y restringir sus movimientos; 4. el poder de utilizar sus servicios sin compensación proporcional. Tras esta clasificación concluiría con que la extensión y la naturaleza de los tres últimos sería relevante, y el primero de ellos se presentaría como la clave para entender la condición de los demandantes de manera que, el hecho de haber sido objeto de compra mediante un precio, los mercantiliza explicando cuáles son las condiciones de control y explotación bajo las que trabajaban y vivían, y que supondrían la identificación de una situación de esclavitud.<sup>340</sup>

Es interesante hacer notar cómo las características predicables de los atributos del derecho de propiedad identificadas por el tribunal australiano se corresponden con las tres primeras que fueron enumeradas en el trabajo realizado por el Secretario General de las Naciones Unidas en 1953, tendiendo así al establecimiento de una armonía en el acuerdo de tales poderes. Sin embargo, esto no habría resuelto completamente la cuestión, y la perseverancia en la circunscripción de la figura de la esclavitud, con la intención de establecer parámetros más nítidos que permitan identificar con certeza sus posibles manifestaciones, no quedará aquí.

---

<sup>339</sup> Jean Allain, “Case Notes. R v Tang. Clarifying the Definition of *Slavery* in International Law”, *Melbourne Journal of International Law* 10 (2009): 249-50. Citando a *Tang* [2008] HCA 39 (Unreported, Gleeson CJ, Gummow, Kirby, Hayne, Heydon, Crennan and Kiefel JJ, 28 August 2008) [25].

<sup>340</sup> Allain, “Case Notes. R v Tang...”, citando a *Tang* [2008] HCA 39 [44, 50-51].



Nuevamente en escena, Allain y Hickey, recurren a la aplicación de perspectivas englobadas en la conceptualización de la propiedad con vistas a esclarecer los parámetros determinantes de casos de esclavitud. Los autores, entenderán que el control de un propietario sobre sus cosas se puede ejercer sobre seres humanos aunque tal práctica haya sido abolida legalmente. En base al análisis realizado, identifican que “la esclavitud ocurre donde una persona controla a otra como controlaría a una cosa en posesión, o dicho brevemente, la esclavitud conlleva el control de una persona equivalente a la posesión”, de manera que este control es un prerequisite para el ejercicio, de hecho, de los poderes atribuibles al derecho de propiedad sobre un individuo. Todo lo cual supone a su vez que la actividad no constituirá necesariamente esclavitud cuando una persona ejerce incidentalmente sobre otra algún atributo del derecho de propiedad sin un control equivalente a la posesión.<sup>341</sup>

Con la intención de arrojar luz sobre estas cuestiones, en el 2012 se crearon las *Directrices Bellagio-Harvard sobre los Parámetros Legales de la Esclavitud* por un grupo de veinte académicos especialistas en la materia miembros de la *Red de Investigación sobre los Parámetros Legales de la Esclavitud*. En consonancia con lo recopilado en este apartado, en ellas se mantiene que “la posesión es fundacional” y no solamente uno de los poderes atribuidos al derecho de propiedad, sino que crea las condiciones de hecho para el ejercicio de aquellos. En las Directrices Bellagio-Harvard se ha señalado que, establecido el vínculo de control a través de la posesión la cual debe estar siempre presente, otros ejemplos de poderes que añadidos a ésta harían cualificar a la conducta como esclavitud serían la compra, la venta o la transferencia de una persona; usar a una persona; gestionar el uso de la persona; aprovechar el uso de la persona; asimismo, transferir a una persona a un heredero o sucesor; o disponer, maltratar o aplicar negligencia sobre un individuo.<sup>342</sup> Todo lo cual lleva a entender que, como fue señalado en 1953 por el Secretario General de las Naciones Unidas, la determinación de si se está ante un caso de esclavitud dependerá de los resultados arrojados en el examen de las circunstancias del caso concreto, esto es, de la presencia o de la ausencia de los atributos del derecho de propiedad, y ello con independencia de la forma en la que se hubiera presentado la actividad.

---

<sup>341</sup> Vid Allain and Hickey, “Property and the definition of slavery”, 926, 932.

<sup>342</sup> Guideline 3 y Guideline 4, de las *Directrices Bellagio-Harvard sobre los Parámetros Legales de la Esclavitud* (en Jean Allain et al. 2012). <http://www.law.qub.ac.uk/schools/SchoolofLaw/FileStore/Filetoupload,651854,en.pdf> [Consultado el 20 de julio de 2017].

## 5. La trata con fines de extracción de órganos

La inclusión en el Protocolo de Palermo de la finalidad de explotación de la extracción de órganos fue tardía. En concreto, ésta no se añadiría junto a las demás listadas hasta la novena sesión de los trabajos preparatorios. Su introducción vendría propuesta bajo diferentes nomenclaturas y así se barajaba designarla como “extracción ilícita de órganos”, “transferencia de órganos de personas por un lucro” o “trata de órganos” proponiéndose que se comprendiera allí a la extracción o la trata de órganos humanos, tejidos o partes del cuerpo. Sin embargo, las posturas no eran pacíficas y una delegación hacía notar que mientras la trata de personas para el propósito de extraer sus órganos estaría dentro de los límites del mandato que les respaldaba, cualquier trata subsiguiente de tales órganos o tejidos no tendría cabida allí.<sup>343</sup>

Los *travaux préparatoires* no suministrarán más información al respecto, y desde las notas interpretativas sólo se puede añadir que la extracción de órganos de niños, con el consentimiento de los padres o guardianes, amparada por razones médicas o terapéuticas legítimas no debe considerarse explotación.<sup>344</sup> De esta manera se habría hecho una matización con respecto a la segunda opción – el propósito de extraer los órganos de una persona – por lo que se entendería sin mayor dificultad que ésta estaría incluida bajo el espectro del Protocolo de Palermo, pero en ningún lugar se negará que allí se contenga la primera – el propósito de tratar órganos, tejidos o partes del cuerpo humano –. No obstante, la exceptuación expresa de esta última opción comentada no tendría por qué ser necesaria si se atiende, de un lado, al tenor elegido finalmente en Palermo, a saber, *la trata de personas* – y no de otra cosa – *dirigida a la extracción de órganos* – finalidad indisolublemente vinculada con la persona –; y, de otro lado, al objeto del delito específico de una y otra alternativa puesto en relación con la definición de la trata de seres humanos. En esto, como se ha comentado en un estudio conjunto de las Naciones Unidas y el Consejo de Europa sobre la cuestión, es evidente que en el caso de lo que se conoce como trata de órganos, tejidos o células (OTC) el objeto del

---

<sup>343</sup> U.N. AGNU. *Ad Hoc* Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime, *Revised draft Protocol...*, (UN Doc. A/AC.254/4/Add.3/Rev.7), pie de página 12.

<sup>344</sup> U.N. AGNU. Report of the *Ad Hoc* Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime on the work of its first to eleventh sessions. *Addendum: Interpretative notes...*, (UN Doc. A/55/383/Add.1), párr. 65.

delito serían estos tres elementos, mientras que en la trata de personas con la intención de extraer sus órganos, el objeto será la víctima de trata.<sup>345</sup>

Es por ello que la aclaración contenida en las notas interpretativas sobre la no tipicidad de la extracción de órganos en menores por motivos médicos, puesta en relación con el objeto del delito de la trata de personas, no puede leerse más que como una puntualización que precisa el contenido del injusto penal hacia entender que la explotación que allí se recoge consiste en la trata de personas para el propósito de extraer sus órganos.

No obstante, cabe retener que ambos tipos de trata no están desligados y que se ha admitido que el fenómeno de la trata de seres humanos con fines de extracción de órganos debe ser examinado en el contexto del problema más amplio de la trata de órganos, tejidos y células, de manera que el primero se considera una pequeña parte del segundo. En concreto se resalta, con vistas a marcar la vinculación entre ambos, que algunos casos de trata en OTC podrían tener su origen en supuestos de trata de seres humanos cayendo entonces en el alcance del Protocolo de Palermo cuando se dieran los elementos de éste delito.<sup>346</sup> Esto es, cuando se captara, transportare, trasladare, acogiese o recibiese a una persona sin contar con su consentimiento válidamente otorgado – debido a la concurrencia de los medios comisivos o porque es un menor – con la intención de extraer sus órganos, se estaría ante el tipo de la trata de personas que, en el caso de llevarse a efecto la explotación, podría constituir una de las fuentes de suministro de los casos de OTC. Entendiéndose, por tanto, siguiendo la lógica de lo expuesto, y según ha señalado la Conferencia de las Partes de la Convención de la ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que en Palermo “no se toma en consideración la trata de órganos humanos separados de su donante”.<sup>347</sup>

No obstante, cabe decir a raíz de esta última aseveración que lo contrario no será cierto y que en el ámbito de la trata de órganos quedarán incluidos supuestos en los que los órganos no estén separados de su donante.

---

<sup>345</sup> United Nations and Council of Europe. *Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs*, Joint Council of Europe/United Nations Study Council of Europe/United Nations (2009): 11, 93. [https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/council-un\\_study\\_on\\_trafficking\\_in\\_organes\\_2009\\_en\\_1.pdf](https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/council-un_study_on_trafficking_in_organes_2009_en_1.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].

<sup>346</sup> United Nations and Council of Europe. *Trafficking in organs...*, 5, 7, 11.

<sup>347</sup> U.N. Conference of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, *Trafficking in Persons for the Purpose of removal of organs*. Vienna, 10-12 October 2011, (UN Doc. CTOC/COP/WG.4/2011/2), párr. 8.

Efectivamente, esto viene estipulado así desde el año 2015. Con anterioridad a esta fecha, la preocupación por afrontar el comercio ilícito de órganos humanos con el propósito de trasplantarlos sólo encontraba reproche jurídico en un precepto de la *Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina*, del año 1997, donde se prohibía que el cuerpo humano y sus partes, como tales, dieran lugar a una ganancia económica<sup>348</sup> y en una disposición del *Protocolo Adicional a la Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina sobre el trasplante de órganos y de tejido humano*, del año 2002, donde se proscribía expresamente la trata de órganos.<sup>349</sup> Tras esto, esta vez con un instrumento internacional al efecto y nuevamente en el ámbito europeo, se concretaría en el año 2015 una completa regulación de la trata de órganos al elaborarse la *Convención contra la Trata de Órganos Humanos*.<sup>350</sup> En ella, el Consejo de Europa se ha ocupado de regular numerosos supuestos que darían lugar al delito y, entre ellos, se toma en consideración a la trata de órganos cuando éstos no están separados de su donante. Esto es así porque, como ha sido puesto de relieve desde esta sede, se venía considerando que determinados supuestos de extracción de órganos no cabían en la figura de la trata de personas puesto que los requisitos que esta requiere no estaban presentes<sup>351</sup> pero que, a pesar de ello, debían ser condenados como situaciones de extracción prohibidas.

Ciertamente, hay que recordar que la definición de la trata de personas sólo se dirige a combatir aquel escenario donde la acción se sigue del recurso a los medios fraudulentos con la intención de explotar a la persona en el contexto de la extracción de órganos. Sin embargo, fuera de estos márgenes quedarían otros casos que deben ser proscritos en los que los órganos no están separados de su donante pero donde la persona no es una víctima de trata. Esto ocurriría, centrando la atención en los donantes vivos, cuando el consentimiento del donante sí es adecuado pero se le ha ofrecido o dado, a cambio de la extracción un beneficio económico o una ventaja comparable.<sup>352</sup> Asimismo, lo mismo acontece cuando la extracción se realiza sin el consentimiento

---

<sup>348</sup> Artículo 21 de la *Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine*, Oviedo, 4.IV.1997, ETS 164.

<sup>349</sup> Artículo 22 del *Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin*, Strasbourg, 24.I.2002, ETS 186.

<sup>350</sup> *Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs*, Santiago de Compostela, 25.III.2015, CETS No. 216.

<sup>351</sup> *Vid* COE. Explanatory Report to the *Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs*, Santiago de Compostela, 25.III.2015, párr. 9 y 10.

<sup>352</sup> Artículo 4 apdo. 1 letra (b) de la *Convención contra la Trata de Órganos Humanos*.

libre, informado y específico del donante.<sup>353</sup> En este segundo supuesto, no se trata de que se haya recurrido a medios fraudulentos para obtener el consentimiento del donante, sino que no se habrían seguido las reglas específicas, en materia de extracción de órganos, requeridas para que el consentimiento sea considerado libre, informado y entendido. Concretamente, el Informe Explicativo de la Convención contra la Trata de Órganos Humanos ha puesto de relieve que aquí se querría decir, tomando las reglas sobre consentimiento a las intervenciones de los, ya mencionados, tratados internacionales concluidos anteriormente, que el órgano sólo puede extraerse del donante después de que la persona haya dado su consentimiento libre, informado y específico de forma escrita o ante un organismo oficial. El hecho de que el consentimiento deba ser específico y por escrito o ante un organismo oficial – sigue explicando –, refuerza los requisitos en comparación con las reglas generales del consentimiento en una intervención en el campo de la salud y, aunque no hay requerimientos en cuanto a su retirada, se entiende que el procedimiento continuará cuando de no hacerlo se ponga en grave peligro la salud del donante.<sup>354</sup>

Visto todo esto, se entiende porqué es cierta la afirmación según la cual se puede predicar que en la trata de seres humanos no se toma en consideración a la trata de órganos separados de su donante pero, inversamente, lo contrario no es cierto y en la trata de órganos humanos se incluirán supuestos en los que los órganos no estén separados de su donante.

Por otro lado, retomando el hecho de que la relación entre uno y otro tipo de trata puede existir pero que no son lo mismo y que cada uno de los delitos no se dirige a un mismo objeto, cabe volver a dirigir la atención a la figura específica de la trata de personas. En este ámbito, Debra Budiani-Saberi y Sean Column han manifestado que la trata de personas para la extracción de órganos no debe reducirse a un problema de oferta y demanda de órganos para su trasplante con un trasfondo criminal sino que, en la medida en que es una violación de derechos humanos, requerirá de un enfoque de este tipo en su abordaje.<sup>355</sup> En este sentido, Scheper-Hughes habrá resaltado la insuficiente atención que se habría atribuido a esta cuestión la cual sería además, sin ser

---

<sup>353</sup> Artículo 4 apdo. 1 letra (a) de la Convención contra la Trata de Órganos Humanos.

<sup>354</sup> COE. Explanatory Report to the *Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs*, párr. 33.

<sup>355</sup> Debra Budiani-Saberi and Sean Column, “A human rights approach to human trafficking for organ removal”, *Medicine, Health Care and Philosophy* 16, No 4 (2013): 897.

habitualmente considerada como tal, un “abuso médico de los derechos humanos”. Esta perspectiva – criticará el autor– quedaría prácticamente en su totalidad opacada bajo la visión dominante del asunto como una oferta y una demanda orientadas a un mercado<sup>356</sup> en el que determinados individuos, poblaciones o incluso naciones desfavorecidas, se consideran reducidos a la condición de “abastecedores”.<sup>357</sup>

En cuanto a alguna de las particularidades en las tendencias comisivas de este delito, cabe referir que esta manifestación de la trata de personas verá, probablemente con más habitualidad que las demás, la implicación en su comisión tanto de personas físicas como de personas jurídicas puesto que, como se ha afirmado, ante el caso de darse la extracción de órganos en la que termina el proceso de trata, el establecimiento médico donde ésta se ha producido incurrirá en responsabilidad conjuntamente con las personas implicadas.<sup>358</sup> Este habría sido, por ejemplo, el caso de *The State v. Netcare Kwa-Zulu (Pty) Limited* del 2010, comentado por Allain, en el cual el St. Augustine’s Hospital, de Durban, en Sudáfrica era acusado junto a médicos de trasplantes, nefrólogos, coordinadores administrativos de trasplantes y un traductor por llevar a cabo 109 operaciones de trasplantes de riñón ilegales constitutivas de casos de trata de personas con fin de extraer sus órganos.<sup>359</sup>

Tras lo dicho, una vez comprendido en que consiste la trata de personas dirigida a la extracción de sus órganos y recuperando el hilo discursivo de los apartados anteriores donde se habría constatado la existencia de una clara tendencia a subsumir unos tipos de explotación dentro de otros, o a considerar a la trata en sí misma equivalente a sus diferentes manifestaciones de explotación, se entiende la dificultad de sostener la veracidad de aquellas declaraciones. En efecto, además de los impedimentos que se han ido presentando para lograr tales resultados, difícilmente podría encuadrarse a la trata de seres humanos destinada a extraer los órganos de los individuos como una forma de

---

<sup>356</sup> Nancy Scheper-Hughes, “Keeping an eye on the global traffic in human organs”, *The Lancet* 361, No 9369 (2003): 1646. [http://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736\(03\)13305-3.pdf](http://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736(03)13305-3.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].

<sup>357</sup> Nancy Scheper-Hughes, “The Ends of the Body--Commodity Fetishism and the Global Traffic in Organs”, *Sais Review* 22, No 1 (2002): 64. [http://web.mit.edu/writing/2010/June/Scheper-Hughes\\_endsofthebody.pdf](http://web.mit.edu/writing/2010/June/Scheper-Hughes_endsofthebody.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].

<sup>358</sup> U.N. Conference of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, *Trafficking in Persons for the Purpose of removal of organs*, (UN Doc. CTOC/COP/WG.4/2011/2), párr. 7.

<sup>359</sup> Jean Allain, “Trafficking of persons for the removal of organs and the admission of guilt of a South African hospital”. *Medical Law Review* 19, No 1 (2011): 118 y 120.

esclavitud o de trabajo forzoso, ambos, tipos que han sido objeto de discursos proclamando su naturaleza omnicomprendiva.

## 6. Las prácticas análogas a la esclavitud y la servidumbre

### 6.1. La relación en el Protocolo de Palermo entre la esclavitud, las prácticas análogas a la esclavitud y la servidumbre

Durante la novena sesión de las negociaciones de los *travaux préparatoires* del Protocolo de Palermo las delegaciones allí presentes favorecerían, de manera amplia, la inclusión en su texto de la servidumbre dentro del catálogo de aquellas posibles finalidades de explotación a las que podría dirigirse la trata de personas. Sin embargo, quienes se oponían a tal introducción alegaban para ello una falta de claridad del significado del término y su duplicación con la referencia a la esclavitud y a las prácticas análogas a la esclavitud.<sup>360</sup> Como ya es sabido, a pesar de las reticencias sobre su inserción, la servidumbre sería, finalmente, parte del listado de los tipos de explotación expresamente previstos.

Dos propuestas de definiciones sobre lo que debía considerarse servidumbre fueron presentadas durante los trabajos. Una, avanzada en la novena sesión, por la que:

“Por “servidumbre” se entenderá el estado o condición de dependencia de una persona a la que otra persona obliga [sin justificación] a prestar cualquier servicio y que crea razonablemente que no tiene otra alternativa que la de prestar el servicio”<sup>361</sup>

Y otra, elaborada en los tiempos de la décimo primera sesión, siguiendo a la cual:

“Por “servidumbre” se entenderá la condición de una persona sometida ilícitamente por otra a obligación o coacción para que preste cualquier servicio a esa u otras personas sin otra alternativa razonable que la de prestar el servicio, e incluirá la servidumbre doméstica y la servidumbre por deudas”<sup>362</sup>

---

<sup>360</sup> U.N. AGNU. *Ad Hoc* Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime, *Revised draft Protocol...*, (UN Doc. A/AC.254/4/Add.3/Rev.7), pie de página 13.

<sup>361</sup> U.N. AGNU. *Ad Hoc* Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime, *Revised draft Protocol...*, (UN Doc. A/AC.254/4/Add.3/Rev.6), p. 6.

<sup>362</sup> U.N. AGNU. *Ad Hoc* Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime, *Revised draft Protocol...*, (UN Doc. A/AC.254/4/Add.3/Rev.7), p. 4.

Como es fácilmente apreciable echando un simple vistazo al cuerpo final del Protocolo de Palermo, en el resultado final de las negociaciones no se incluirían las definiciones previamente barajadas de ninguna de las finalidades de explotación dejándose su concretización, como regla general – recordar la excepción en el caso de la explotación sexual y de la explotación de la prostitución ajena en la que se atenderá, como regla, a lo establecido en los ordenamientos nacionales de cada Estado –, a lo que el ordenamiento jurídico internacional previese en cada materia. Sin embargo, en el caso de la servidumbre no hay tratado internacional que consagre una definición de la misma. A pesar de ello, hay conclusiones extraíbles de las propuestas de definiciones traídas a debate durante los *travaux préparatoires* de Palermo.

De esto, dos cuestiones de principio pueden comentarse. De un lado, primero, en las dos nociones avanzadas hay elementos coincidentes que allí se entendieron como definitorios de la servidumbre. Así, en ambos casos se acepta que la persona se encontraría en una situación de hecho – en una condición – que no encuentra respaldo para su aceptabilidad – es injustificable o ilícita – y en la que una persona obliga a otra a prestar un servicio sin que ésta tenga otra alternativa razonable que la de prestarlo – se presta un servicio bajo coacción –. De otro lado, segundo – y aquí el interés de exponer las propuestas de lo que se entendía por servidumbre –, de la identificación de los elementos coincidentes en ambas definiciones, se aprecia la exclusión del tipo de cualquier referencia a que allí se ejerzan “todas o algunas de las facultades vinculadas al derecho de propiedad”, con lo cual se entiende que, en los razonamientos que subyacían a las definiciones expresadas, la servidumbre se entendería como un estado de explotación de las personas diferente a la esclavitud no pudiendo mantenerse, por lo tanto, que allí se diera, por lo menos en principio, la duplicidad con ella que habría preocupado a algunas delegaciones.

No obstante, otra cuestión sería y otro resultado traería plantear si la referencia dentro de la definición de la trata de personas tanto a las prácticas análogas a la esclavitud como a la servidumbre habría supuesto la interdicción de una misma cosa bajo un nombre distinto.

El derecho internacional de los derechos humanos hace referencia a la supresión de la servidumbre en diversas ocasiones. En la Declaración Universal de los Derechos Humanos, bajo una misma disposición, se establece que “[n]adie estará sometido a



esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas” – Artículo 4 –, y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se declara, en un apartado diferente al referido a la esclavitud, que “[n]adie estará sometido a servidumbre” – Artículo 8 apartado 2 –, en ambos casos sin ofrecer definición alguna. En cambio, fuera del ámbito de los derechos humanos, en el ordenamiento jurídico internacional no se encuentran referencias a la servidumbre sino a las prácticas análogas a la esclavitud las cuales, lejos de ser definidas, serán simplemente listadas.

Es por ello que Allain ha puesto de relieve que dos de los elementos recogidos en la definición de la trata de seres humanos, a saber, las prácticas análogas a la esclavitud y la servidumbre, pese a ser iguales en naturaleza se han dividido en el derecho. Esta división provendría del momento creacional de la *Convención Suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud* del año 1956<sup>363</sup> donde, ya para comenzar, los Estados negociadores decidieron eliminar el término servidumbre de su nomenclatura concluyendo, para terminar, por hacer lo propio en su articulado. De esta manera, el vocablo servidumbre no quedaría expresamente introducido en un instrumento destinado a lidiar concretamente con ese problema. El resultado será la sustitución de aquel término por el de “instituciones y prácticas análogas a la esclavitud” de forma que, en el Artículo 1 de este tratado, se recogen los cuatro tipos de servidumbre convencionales o prácticas análogas a la esclavitud que los Estados tendrán la obligación de eliminar progresivamente. Estos son, la servidumbre por deudas, la servidumbre de la gleba, el matrimonio servil y la adopción para la explotación. En este sentido, se afirma, que la definición de la trata de seres humanos, al recoger ambos términos entre las posibles finalidades de explotación a las que puede dirigirse, daría muestra de la fragmentación que existe al respecto entre el derecho internacional general y el derecho internacional de los derechos humanos.<sup>364</sup>

---

<sup>363</sup> *Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud* (Convención Suplementaria de 1956). Adoptada por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 608 (XXI), de 30 de abril de 1956. Hecha en Ginebra el 7 de septiembre de 1956. Entrada en vigor: 30 de abril de 1957, de conformidad con el artículo 13.

<sup>364</sup> Jean Allain, “On the Curious Disappearance of Human Servitude from General International Law”, *Journal of the History of International Law* 11 (2009): 303, 304 y 331.

El hecho de que efectivamente exista tal fragmentación y de que la redacción de la definición de la trata de personas dé muestra de ello, no quiere decir que en Palermo se desconociera que las figuras eran coincidentes. Véase al respecto cómo en la segunda de las definiciones de servidumbre consideradas durante las negociaciones se terminaba con que ésta debía incluir a la servidumbre por deudas la cual se recoge expresamente como práctica análoga a la esclavitud en la Convención Suplementaria de 1956.

## 6.2. La relación en el derecho internacional general entre la esclavitud y las prácticas análogas a la esclavitud

Se ha ido comentando a lo largo de los últimos apartados que tanto en las negociaciones del Protocolo de Palermo como en el texto final resultante se habría dejado establecido que los diferentes propósitos de explotación de las personas allí contenidos debían interpretarse en consonancia con los instrumentos de derecho internacional líderes en la materia. De ahí la relevancia de entender la relación entre la esclavitud y las prácticas análogas a la esclavitud que fue objeto de debate durante los procesos de negociación de sus tratados respectivos, a saber, de la Convención sobre la esclavitud de 1926 y de la Convención Suplementaria de 1956.

En esto, se ha extraído de los trabajos de la Convención de 1926 que en el estadio final de sus negociaciones se descartó la posibilidad entonces barajada de que allí tuvieran cabida los cuatro tipos de lo que venían considerándose como “esclavitud doméstica y condiciones similares”, precipitándose la adopción de lo que sería posteriormente la Convención Suplementaria de 1956.<sup>365</sup> El talante con el que se entraría en las negociaciones de esta última Convención disponía que las cuatro prácticas allí barajadas – la servidumbre por deudas, la servidumbre de la gleba, el matrimonio servil y la adopción para la explotación – debían ser combatidas incluso cuando no cayesen bajo la definición de esclavitud.<sup>366</sup>

La existencia de discrepancias sobre las similitudes y diferencias entre la esclavitud y las prácticas análogas a la esclavitud establecida durante los trabajos preparatorios, se cristalizaría en el futuro texto de la Convención Suplementaria de 1956. Algunos datos identificables en su articulado darían muestra de la aparente intención divisoria, por lo

---

<sup>365</sup> Allain, *The Law and Slavery: Prohibiting Human Exploitation*, 25.

<sup>366</sup> Allain, “On the Curious Disappearance”, 306, 311.

menos en principio, de sus redactores, particularmente, el tenor de su preámbulo y el de su Artículo 1.

Con respecto a la primea muestra de la reticencia a identificar plenamente a las prácticas allí contenidas con la esclavitud, su preámbulo admite que lo anteriormente establecido en la Convención sobre la Esclavitud de 1926 continúa en vigor pero que se requería de una ampliación que cubriese las nuevas prácticas que serán, por ello, introducidas con la Convención Suplementaria de 1956.<sup>367</sup> La idea que aquí subyace es que la necesidad de la expansión que constituye la conclusión de una nueva Convención viene a admitir que allí se contendría algo más que en el tratado anterior y que las formas de servidumbre convencionales que se consagrarían no habrían sido de manera cierta identificadas, en principio, con la esclavitud por cuanto no estarían originariamente cubiertas por el instrumento internacional que específicamente se ocupa de la erradicación de esta última.

Un segundo dato apoya la idea anterior. En concreto, el Artículo 1 de la Convención Suplementaria de 1956 se ubica en la Sección I de este tratado reservada a ocuparse únicamente de *las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud* y no de la esclavitud. Esto, nuevamente mostraría la intención de plasmar que este instrumento ocupaba algo más que el objeto de la Convención de 1926, lo cual quedará patentizado no sólo por la localización de la disposición sino por su tenor. Siguiendo lo estipulado, el precepto expresará que las cuatro prácticas allí contenidas habrán de ser progresivamente abolidas por los Estados Parte “les sea o no aplicable la definición de esclavitud”. Esta última afirmación no es una contradicción con lo que se expone aquí, sino que supone que las instituciones que busca suprimir deberán ser erradicadas aunque no llegasen al umbral requerido para ascender a un supuesto de esclavitud. Esto es, lo que parece haber ocurrido es que se pretendía que los Estados se movieran hacia la supresión de aquellas prácticas específicas, concretamente señaladas, que en su momento no tuvieron cabida en la Convención de 1926 siendo descartadas durante las negociaciones de forma que su eliminación se diera por ellas mismas – a saber, nadie debe estar sujeto a la servidumbre por deudas, a la servidumbre de la gleba, al

---

<sup>367</sup> “Having decided , therefore, that **the Convention of 1926, which remains operative, should now be augmented by the conclusion of a supplementary convention designed to intensify national as well as international efforts towards the abolition of slavery, the slave trade and institutions and practices similar to slavery**” (Resaltado añadido) (Párrafo octavo del preámbulo de la Convención Suplementaria de 1956).

matrimonio servil y a la adopción para la explotación –, sin entrar en si aunaban o no los requisitos para considerárselas esclavitud.

El hecho de resaltarse que les puede ser, o no, aplicable la definición de esclavitud es, además, plenamente coherente con la pauta que sigue la identificación de los casos de esta explotación expuesta con antelación, e introducida por el Secretario General de las Naciones Unidas en 1953.<sup>368</sup> Como ya se dispuso, en virtud de aquella directriz, lo relevante no es la designación atribuida a la manifestación de explotación sino su naturaleza, determinándose si es o no un caso de esclavitud según si se ejercitan o no todas o algunas de las facultades vinculadas al derecho de propiedad. De esta manera, el precepto indicaría que los Estados deben eliminar la conducta aunque no se ejerza bajo el vínculo de propiedad definitorio de la esclavitud, es decir, aunque no sea esclavitud. Esta forma de entender la relación entre la esclavitud y las prácticas análogas a la esclavitud habría sido confirmada en tiempos más contemporáneos cuando en el *caso Tang*, en el año 2008, se hizo notar que los conceptos no eran mutuamente excluyentes ya que la Convención Suplementaria de 1956 reconoce la posibilidad de que la servidumbre “se deslizase hacia la esclavitud cuando se manifiesten los atributos del derecho de propiedad”.<sup>369</sup> Expresando la relación entre ambas, Allain explica que la servidumbre debe ser entendida como una explotación de las personas que no llega a ser esclavitud.<sup>370</sup>

Finalmente, un último dato apuntala el hecho de que allí reinaba la intención de establecer más de una figura. Este propósito viene corroborado por la disposición contenedora de las definiciones relevantes para la Convención Suplementaria de 1956 – Artículo 7 –. El precepto identifica dos conceptos diferentes y, así, de un lado, los individuos sometidos a las instituciones o prácticas análogas a la esclavitud allí contenidas – a la servidumbre por deudas, a la servidumbre de la gleba, al matrimonio servil y a la adopción para la explotación – son considerados “personas de condición servil” mientras que, por otro lado, se entiende que la condición de *esclavo* es conceptualmente diferente y sólo se atribuye a las personas que se encuentran en un estado o condición en la que soportan todos o parte de los atributos del derecho de

---

<sup>368</sup> UN. ECOSOC, Report of the United Nations Secretary-General, *Slavery, the slave trade...*, (UN Doc. E/2357), párr. 36.

<sup>369</sup> *Vid.* Allain, “Case Notes. R v Tang...”, citando a *Tang* [2008] HCA 39 [29].

<sup>370</sup> Allain, “On the Curious Disappearance”, 304.

propiedad, tal y como manda la definición de la Convención sobre la Esclavitud de 1926.

### 6.3. Los cuatro tipos de prácticas análogas a la esclavitud

Un poco más arriba se comentó que la inclusión de la servidumbre en los diferentes instrumentos internacionales nunca había venido acompañada de una definición y que esta apreciación es visible en el articulado de la Convención Suplementaria de 1956 que, más allá de un listado de conductas, no contendría proposición alguna de los caracteres genéricos y diferenciales que individualizarían a este tipo de explotación. Por ello, en la búsqueda de la comprensión de lo que se entendió incluido bajo la figura de las prácticas análogas a la esclavitud, es lo propio analizar los caracteres definitorios de cada una de estas prácticas de explotación a las que la actividad de la trata de personas es susceptible de dirigirse.

#### 6.3.1. La servidumbre por deudas

Introduciendo brevemente cada una de ellas, la servidumbre por deudas, es la primera de las cuatro prácticas análogas a la esclavitud enumeradas en el instrumento. Esta servidumbre se manifiesta como un estado o una condición resultantes del compromiso adquirido por un deudor de prestar sus servicios personales, o los de una persona bajo su control, como garantía de una deuda si el valor de estos servicios, razonablemente evaluados, no se aplica a liquidar la deuda o si su extensión no está limitada ni su naturaleza definida.<sup>371</sup> En conformidad con esta definición, tomando su reverso, para que el pago de una deuda no ascienda a servidumbre su cuantía deberá estar determinada, al igual que ha de estarlo el servicio a prestar para cubrirla el cual, además, tendrá una duración limitada en el tiempo que habrá sido determinada para que lo ganado pueda liquidar la deuda.

La servidumbre por deudas ha sido bien definida por Bush quien expone que ésta consiste en la realización de un servicio en prenda como garantía de una deuda, a la que se puede entrar de manera voluntaria o involuntaria y que suele ser temporal, aunque flexible en el tiempo dependiendo del pago de la deuda. El autor explica que cuando una

---

<sup>371</sup> Artículo 1 letra a) de la Convención Suplementaria de 1956: “Debt bondage, that is to say, the status or condition arising from a pledge by a debtor of his personal services or of those of a person under his control as security for a debt, if the value of those services as reasonably assessed is not applied towards the liquidation of the debt or the length and nature of those services are not respectively limited and defined”.

deuda no puede ser reembolsada podría durar toda una vida, o incluso más en sociedades donde el endeudamiento es hereditario, de manera que, convirtiéndose en permanente, la servidumbre transmutaría entonces a esclavitud. Visto esto, la servidumbre por deudas tendría su origen en la práctica de pignorar a personas, sin llegar a mostrar las facultades vinculadas al derecho de propiedad.<sup>372</sup> Observando lo expuesto, se puede identificar con claridad el vínculo entre la servidumbre y la esclavitud recogido en el tenor del Artículo 1 de la Convención Suplementaria de 1956 al consolidar la obligación de los Estados de dirigirse a la supresión de las conductas allí mencionadas *les sea o no aplicable la definición de esclavitud*, de manera que, como acaba de ser visto, el paso de uno a otro tipo de explotación dependerá plenamente del devenir de las circunstancias del caso concreto.

### 6.3.2. La servidumbre de la gleba

La segunda de las servidumbres recogidas en la Convención Suplementaria de 1956 dentro del catálogo de prácticas análogas a la esclavitud es la servidumbre de la gleba. Ésta consiste en el estatus o condición de un locatario que estará obligado por ley, por costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar en una tierra que pertenece a otra persona, y a prestarle determinados servicios, ya sea mediante contraprestación o no, y no es libre para cambiar su estatus.<sup>373</sup>

Sobre la servidumbre de la gleba Bush ha destacado que su rasgo distintivo era su localización en una sociedad campesina donde el siervo era la propiedad de alguien y se encontraba a menudo disponible para su venta por separado o conjuntamente con la hacienda a la que estaba vinculado. Bajo esta servidumbre, en las épocas medieval y modernas, el cultivo de la hacienda se llevaría a cabo como una obligación derivada del estatus de siervo a quien se le permitiría, como contrapartida, una tenencia de tierras en el señorío por lo que estarían normalmente en dos operaciones agrícolas diferentes, una para ellos y otra para el señor. En su análisis, el autor señala que la apreciación de las características de la servidumbre de la gleba imposibilitaría considerarla como intercambiable con la esclavitud. En concreto resalta que, en este sistema, los siervos disfrutarían de un cuerpo de derechos y de un reconocimiento de comunidad

---

<sup>372</sup> Michael L. Bush, *Servitude in modern times*, (Cambridge: Polity Press, 2000), 39.

<sup>373</sup> Artículo 1 letra b) de la Convención Suplementaria de 1956: “Serfdom, that is to say, the condition or status of a tenant who is by law, custom or agreement bound to live and labour on land belonging to another person and to render some determinate service to such other person, whether for reward or not, and is not free to change his status”.

respaldados institucionalmente del que no habrían disfrutado los esclavos. Además, como pagaban impuestos y servían en el ejército real eran protegidos de la explotación señorial por el gobierno reconociéndoseles, a su vez, personalidad jurídica, lo cual no ocurriría en el caso de los esclavos que se encontraban totalmente vinculados a sus amos y más allá del alcance del gobierno. Ambas figuras se diferenciarían, fundamentalmente, en que los esclavos eran una simple fuente de trabajo y servicios mientras que el propósito de los siervos en ocasiones no tenía nada que ver con prestar ninguno de los dos, sino en prevenir contracciones en los ingresos evitando migraciones del señorío y ofreciendo al señor la flexibilidad de revisar las cuotas de acuerdo con el nivel de inflación. En todo caso, al igual que en la esclavitud, se señala que este tipo de servidumbre vendría en una amplia variedad de formas, algunas más ligeras y otras más duras ocurriendo que, en casos, los siervos llegarían a tener un nivel de vida considerablemente alto.<sup>374</sup>

A pesar de la concienzuda y bien informada delimitación de circunstancias en las que se ejercería una y otra práctica, llevada a cabo por Bush, la afirmación por la cual la apreciación de las características de la servidumbre de la gleba imposibilitaría considerarla como intercambiable con la esclavitud, sólo parecería posible si uno se quedara en los márgenes de la esclavitud tradicional o esclavitud *de jure*. Efectivamente, si se acepta, tal y como se hace, que el concepto incluye a su vez el ejercicio de la esclavitud *de facto* el resultado parece distinto y en la medida en que la descripción de la servidumbre de la gleba presentada por el autor parte de la base de que el siervo, no puede renunciar a tal condición, ve aprovechado el uso de su persona y se encontraría disponible para su venta, ya fuera por separado o conjuntamente con la hacienda, es más bien difícil mantener que, en una relación en tales términos, en la que una persona tendría una facultad de disposición sobre la otra bajo tales características, no se esté ejerciendo un control equivalente a la posesión sobre el siervo y que no se alcance, ante estos elementos presentes, el umbral de la esclavitud en vista de la detección de los atributos del derecho de propiedad. Bajo iguales premisas parecería que lo mismo puede predicarse con respecto a la definición de la servidumbre de la gleba suministrada por la Convención Suplementaria de 1956. En ésta, el siervo, viviría y trabajaría la tierra de otro y le prestaría servicios de manera permanente. El siervo no es libre – aquí la clave – para cambiar su estatus, de manera que, yendo más allá de una

---

<sup>374</sup> Bush, *Servitude in modern times*, 19-27.

situación en la que una persona controla a otra, el vínculo de control se basará en la posesión sobre quien, siendo siervo – y explotado como tal –, no disfruta de un estatus de persona libre.

Por su parte Allain, experimenta una progresión en su posicionamiento en cuanto a la posible equiparación entre servidumbre de la gleba y esclavitud. El autor irá de afirmar que “ejemplos de servidumbre de la gleba se considerarán esclavitud si cumplen el umbral establecido por la definición de esclavitud incorporada en la Convención de 1926”, pasando por estimar que “parece haber poca diferencia entre la servidumbre de la gleba como servidumbre y la servidumbre de la gleba como esclavitud”,<sup>375</sup> hasta terminar posicionándose de manera categórica en que tanto esta servidumbre como las categorías del matrimonio servil ya se encuentran cubiertas por la definición de esclavitud quedando únicamente la servidumbre por deudas y las adopciones para la explotación como formas de servidumbre convencionales siempre, claro, que no llegaran al umbral de la Convención de 1926.<sup>376</sup>

Esto es totalmente coherente con la ambivalencia mostrada por los redactores de la Convención sobre la esclavitud de 1926 y la Convención Suplementaria de 1956, antes presentada, y que ha sido puesta de relieve por quien ha estudiado sus trabajos preparatorios. Así, como se mostró, durante las negociaciones de la primera Convención se estimó que determinadas prácticas no tendrían cabida allí. De ahí la relevancia de enumerarlas en un segundo instrumento para su supresión, aclarando que su eliminación deberá hacerse fueran o no consideradas esclavitud de forma que, evitando la polémica de una manera directa, ni se afirma ni se desmiente y simplemente se establece que las cuatro modalidades previstas deberán ser eliminadas. Este relevo es el que se toma en Palermo donde, de igual manera, no se entrará en desentrañar los límites de las distintas prácticas sino que simplemente se introducen las que se identifican hasta la época abiertamente, manteniendo la posibilidad de dar cabida a otras más. En todo esto, el tenor del Protocolo no tendría que necesariamente llevar a duplicidades puesto que allí se recogerían la esclavitud, identificada con sus características; las prácticas análogas a la esclavitud, reconocidas como cuatro servidumbres convencionalmente consagradas sean, o no, consideradas esclavitud; y la servidumbre, la cual, es susceptible de cubrir

---

<sup>375</sup> Jean Allain, *Slavery in International Law: Of Human Exploitation and Trafficking*. (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012), 177 y 184.

<sup>376</sup> Allain. *The Law and Slavery: Prohibiting Human Exploitation*, 18.



prácticas, actuales o futuras, fuera de los parámetros de la Convención Suplementaria de 1956 y de la Convención sobre la esclavitud de 1926.

### 6.3.3. Los matrimonios serviles

La emisión de un consentimiento libre y pleno en entrar a un matrimonio, manifestado por ambos contrayentes, es núcleo fundamental de su validez y como tal ha sido reconocido internacionalmente.<sup>377</sup> Sin la expresión de este consentimiento válido, en cuanto no existe aquiescencia libre y plena en contraer matrimonio, no hay voluntariedad y la entrada en la unión matrimonial será forzosa. Es en esto donde se ha distinguido a los matrimonios forzosos de los matrimonios concertados en los cuales los padres o familiares dispondrán el matrimonio pero la toma de decisión final permanecerá en quienes van a casarse diferenciándose en que, en esta segunda figura, los contrayentes conservan el derecho a elegir, la facultad de decir no y no están sometidos a coacción.<sup>378</sup> Sin embargo, Frances Simmons y Jennifer Burn han señalado que diferenciar entre ambos tipos es una tarea más complicada de lo que las apariencias parecerían revelar, poniéndose sobre la mesa el hecho de que la coacción de tipo psicológico podría suprimir la habilidad de una persona para consentir libre y plenamente al matrimonio tanto como la amenaza de un daño inmediato<sup>379</sup> ocurriendo que, en aquellos casos, podría fácilmente pasarse por alto la identificación de un matrimonio forzoso. En este sentido se ha desatacado que la coerción ejercida para viciar el consentimiento no tiene por qué haberse dirigido directamente hacia la víctima

---

<sup>377</sup> Tal declaración ha sido incluida, *inter alia*, en 1948 en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* siguiendo a la cual: “Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio” (Artículo 16 apdo. 2). A nivel convencional, en el ordenamiento jurídico internacional se concluiría la *Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios*, del año 1962, por la cual: “No podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes” (Artículo 1 apdo. 1); o, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* del año 1966, siguiendo al cual: “El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes” (Artículo 23 apdo. 3). Igualmente, en la *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing*, del año 1995, se encomendaba a los gobiernos la toma de acción para promulgar y hacer cumplir leyes que aseguren que “al matrimonio sólo se entra con el consentimiento libre y pleno de los esposos” (párr. 274 letra e)). En la *Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer* (CEDAW), del año 1979, se añade que a los hombres y a las mujeres debe asistirles “el mismo derecho para elegir libremente a su cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento” (Artículo 16 letra b).

<sup>378</sup> U.N. AGNU. HRC. *Report of the Special Rapporteur on the human rights aspects of the victims of trafficking in persons, especially women and children, Sigma Huda. Implementation of General Assembly Resolution 60/251 of 15 March 2006 entitled “Human Rights Council”*. 24 January 2007, (UN Doc. A/HRC/4/23), p. 10, párr 25.

<sup>379</sup> Frances Simmons and Jennifer Burn, “Without consent: Forced Marriage in Australia”, *Melbourne University Law Review* 36 (2013): 974. En: [http://www.mulr.com.au/issues/36\\_3/36\\_3\\_5.pdf](http://www.mulr.com.au/issues/36_3/36_3_5.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].

del matrimonio, sino que puede recaer en una tercera parte, añadiéndose que, además, sería una simplificación pensar en la violencia física como único método utilizado para forzar al matrimonio puesto que los medios empleados para asegurar tal enlace pueden ser altamente complejos.<sup>380</sup> Por su parte, dentro de las posibles manifestaciones en las que es susceptible de mostrarse un matrimonio forzado, los matrimonios serviles son una clase con características particulares.

Los matrimonios serviles son la tercera práctica análoga a la esclavitud recogida en la Convención Suplementaria de 1956 dentro del catálogo de cuatro que los Estados deberán abolir. Por ellos se entiende cualquier institución o práctica encuadrable dentro de tres supuestos. Según el primero, un matrimonio será servil cuando una mujer, sin el derecho a oponerse, sea prometida o dada en matrimonio a cambio del pago de una contrapartida de dinero o en especie a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas. Asimismo, un matrimonio será servil cuando el marido, la familia del marido o el clan de éste, tengan el derecho de transferir a la mujer a otra persona a título oneroso u otro. Finalmente, esta servidumbre incluye cuando la mujer, una vez fallecido su marido es susceptible de ser heredada por otra persona.<sup>381</sup>

La diferencia de matices entre matrimonios forzados y matrimonios serviles ha sido expresamente recogida, por ejemplo, en la legislación australiana, lo cual es particularmente destacable puesto que tal delimitación no es regla uniforme y, así, por ejemplo, en España ésta distinción no habrá sido reflejada en su Código Penal el cual tan sólo prevé el delito más general de los matrimonios forzados.<sup>382</sup> En Australia, sin embargo, Samantha Lyneham explica que se han introducido en su ordenamiento jurídico nuevos delitos en relación a aquella figura ofreciendo, como resultado, la punición de, por un lado, los matrimonios forzados entendidos como matrimonios a los que no se consiente libre y plenamente debido a que se ha ejercido coacción, amenazas

---

<sup>380</sup> Clive Heaton *et al.* *Forced Marriage: A Special Bulletin*. (Bristol: Family Law, Jordan Publishing Limited, 2009), 1 y 2.

<sup>381</sup> Artículo 1 letra c) de la Convención Suplementaria de 1956: “Any institution or practice whereby:

(i) A woman, without the right to refuse, is promised or given in marriage on payment of a consideration in money or in kind to her parents, guardian, family or any other person or group; or

(ii) The husband of a woman, his family, or his clan, has the right to transfer her to another person for value received or otherwise; or

(iii) A woman on the death of her husband is liable to be inherited by another person”.

<sup>382</sup> Siendo esto así, en el Código Penal español se busca erradicar, de manera general, a los matrimonios forzados sin entrar en mayores especificidades, castigando, dentro de los delitos de coacciones, a quien “con intimidación grave o violencia compeliere a otra persona a contraer matrimonio”. (Capítulo III “De las coacciones”, Artículo 172 bis, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, «BOE» núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, pp. 33987 a 34058, Ref. BOE-A-1995-25444).

o engaño sobre las personas y, por otro lado, de los matrimonios serviles como práctica similar a la esclavitud que implica la venta, la transferencia o la herencia de una persona en matrimonio.<sup>383</sup> Aquí, un lenguaje más neutral en cuanto al género de las posibles víctimas sería consonante con la puntualización incluida en la Ley Modelo sobre la trata de personas la cual introduce un comentario destinado a que los legisladores se planteen considerar la actualización de la definición de los matrimonios serviles para que ésta contenga a aquellas prácticas tanto cuando vayan dirigidas hacia mujeres y niñas como cuando recaigan sobre hombres y niños.<sup>384</sup> No obstante, se ha recalcado que aunque hombres y mujeres son susceptibles de experimentar matrimonios forzosos, ésta es una práctica que afecta desproporcionadamente a las mujeres, entendiéndose, en el contexto en el que se desarrolla, como una causa y como una consecuencia de la discriminación y la violencia contra las mujeres basada en el género.<sup>385</sup> De hecho, es bajo tal prisma que su erradicación fue concebida y, así, ya antes de su proscripción en la Convención Suplementaria de 1956 la Asamblea General de las Naciones Unidas había llamado la atención, en su Resolución 843 (IX) de 1954,<sup>386</sup> sobre el preocupante estatus de las mujeres en el derecho privado donde determinadas costumbres, leyes arcaicas y prácticas contrarias a su dignidad, relacionadas con el matrimonio y la familia, subsistían, por todo lo cual, urgía a los Estados a abolirlas asegurando la completa libertad para las mujeres de elegir esposo, garantizando la emancipación de las viudas para volver a contraer nupcias libremente y ocupándose de la supresión de prácticas como el pago de precio por la novia.

En los tres supuestos recogidos en el tipo del matrimonio servil, se aprecia que la figura se basa en el poder de total disposición sobre la mujer en virtud del cual es posible la cesión, de una persona a otra, de un control absoluto y permanente sobre ella para casarla. Efectivamente, la naturaleza de la transferencia de la mujer no se concreta en cambiarla meramente de lugar. En este traspaso se cede de los transmisores a los receptores la posesión sobre la mujer de forma que éstos se subrogan en la posición de aquellos teniendo ahora atribuidas sobre ella las mismas facultades, considerables

---

<sup>383</sup> Samantha Lyneham, "Forced and servile marriage in the context of human trafficking", Australian Government & Australian Institute of Criminology, *Research in Practice*, No. 32 (March 2013). En: [http://www.aic.gov.au/media\\_library/publications/rip/rip32/rip32.pdf](http://www.aic.gov.au/media_library/publications/rip/rip32/rip32.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].

<sup>384</sup> U.N. UNODC. *Model Law against Trafficking in Persons*, 17.

<sup>385</sup> Simmons and J Burn, "Without consent...", 973 y 975.

<sup>386</sup> U.N. AGNU. Resolution 843 (IX), *Status of women in private law: customs, ancient laws and practices affecting the human dignity of women*, 514th plenary meeting, 17 December 1954. <https://Documents-dds-ny.un.org/Doc/RESOLUTION/GEN/NR0/095/78/IMG/NR009578.pdf?OpenElement>

propias de un control equivalente a la posesión. Esta caracterización de la naturaleza del control que se ejerce sobre la mujer, como asimilable a la posesión, vendría dada por la sustancia misma de la relación. Así, la definición misma del término *transferir* – *transfer* – muestra que el comportamiento subyacente consiste en traspasar un control asimilable a la posesión de una persona a otra por cuanto la conducta radica en “hacer a algo propiedad legal de otra persona”.<sup>387</sup> Asimismo, atendiendo al fondo de la relación, la mujer puede ser vendida, cedida o heredada en matrimonio sin su consentimiento y sin la posibilidad de renunciar debido a aquel control que pasa de transmisor a adquiriente y que, en tales términos, sólo puede entenderse equivalente a la posesión.

La esencia de esta relación, por lo tanto, supone que en las distintas formas de transferir a una mujer para casarla sin su consentimiento, ya sea vendiéndola, cediéndola o heredándola, se muestra que ésta será alienada en virtud de un control equivalente a la posesión que reposa sobre ella, como si le fuera inherente, y que se transmite, conjuntamente con ella, de transferente a adquiriente poniéndose de relieve el ejercicio y la cesión de facultades atribuibles al derecho de propiedad. Identificados estos rasgos del delito, no es de extrañar que se haya acordado, incluso desde quien ostenta una postura reticente a generalizar la atribución del carácter de *forma de esclavitud* a los distintos tipos de explotación de las personas, que los matrimonios serviles condenados en la Convención Suplementaria de 1956 alcanzan el umbral requerido para considerar a la práctica como esclavitud.<sup>388</sup> Dando peso a todo lo anterior se ha expuesto, incidiendo sobre el primero de los tres supuestos, que en la práctica de los matrimonios serviles, en cuanto implica la venta de una mujer por sus padres, tutores, familia, etc, recibiendo pago en dinero o en especie, y esto se conjuga con la privación de un derecho a rehusar en contraer el vínculo, se estarán ejerciendo facultades atribuibles al derecho de propiedad sobre la víctima generando que la

---

<sup>387</sup> En esto, en el *Cambridge Dictionary*, la definición del término *transfer* lo delimita como sigue: “to make something the legal property of another person”.  
<http://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles/transfer>

<sup>388</sup> En este sentido, Annie Bunting ha afirmado que los matrimonios forzosos pueden ser considerados esclavitud si las condiciones en las que se desarrolla alcanzan el umbral de la definición de esclavitud de la Convención de 1926, y que “históricamente, las formas de matrimonio servil, ya sea en el contexto de guerra o no, se incluyen en la definición de esclavitud” (Annie Bunting, “*Forced Marriage in Conflict Situations: Researching and Prosecuting Old Harms and New Crimes*”, *Canadian Journal of Human Rights* 1:1 (2012): 168. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2231676](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2231676) [Consultado el 20 de julio de 2017]). Igualmente, Allain ha declarado que el matrimonio servil es en toda circunstancia esclavitud en el sentido de la Convención contra la esclavitud de 1926 (Allain, *Slavery in International Law: Of Human Exploitation and Trafficking*, 185).

práctica esté cubierta por la definición de esclavitud puntualizándose que, sin embargo, esto no debe confundirse con el pago de una dote a los padres, tutores o familia de la mujer puesto que la conducta no alcanzará tal umbral si su consentimiento es libre y posee el derecho a negarse a contraer matrimonio.<sup>389</sup>

Según todo lo visto, el matrimonio servil constituiría una práctica a erradicar en la cual existe una intención de crear una relación bajo el estatus de matrimonio en unos términos específicos que supondrán que, en la medida en que existe un control sobre la mujer equivalente a la posesión, se calificaría a la conducta como una práctica análoga a la esclavitud difícilmente concebible fuera de las lindes de la definición de la Convención de 1926. Así visto, serán estas características, y no otras, las que definirán a la figura, con independencia de que sus víctimas lleguen o no lleguen a estar sometidas a una variedad de tipos de explotación tras el enlace puesto que éstas, incluso estando presentes y aún a pesar de las recomendaciones sobre su proscripción,<sup>390</sup> no son imprescindibles para definir o detectar el injusto penal en cuanto su configuración en la Convención Suplementaria de 1956 no lo requiere.

Es de destacar que esta independencia de la figura, con respecto a las posibles explotaciones susceptibles de darse durante el tiempo que la víctima esté sujeta al matrimonio servil, ha sido, a su vez, expresamente atribuida a los matrimonios forzosos en sentido general con ocasión de su reconocimiento como crimen contra la humanidad en contexto de guerra<sup>391</sup> – cuestión, por otra parte, no exenta de polémica –.<sup>392</sup>

---

<sup>389</sup> Australian Government/Attorney-General's Department (Criminal Justice Division). *Discussion Paper : Forced and Servile Marriage*. 2010, párr. 45. <https://www.ag.gov.au/Consultations/Documents/Consultationonforcedandservilemarriage/Discussion%20Paper%20for%20Public%20Release%20forced%20and%20servile%20marriage.pdf> [Consultado el 20 de julio de 2017].

<sup>390</sup> En esto, la *Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias*, la Sra. Gulnara Shahinian, ha expresamente listado una serie de situaciones que pueden impactar sobre la mujer víctima de los matrimonios serviles, destacando la servidumbre doméstica, la esclavitud sexual, la vulneración de su derecho a la salud, de su derecho a la educación, de su derecho a vivir libre de violencia psicológica, física y sexual y de su derecho a no ser discriminada. Todas estas vulneraciones habituales a las que las víctimas son sometidas durante este tipo de uniones han llevado a la Relatora a recomendar a los Estados que se penalicen las violaciones concernidas haciendo especial hincapié en la servidumbre doméstica, la esclavitud sexual y los crímenes de honor (U.N. AGNU. HRC. *Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of slavery, including its causes and consequences, Gulnara Shahinian. Thematic report on servil marriage*. 10 July 2012, (UN Doc. A/HRC/21/41), pp. 13-17).

<sup>391</sup> *Prosecutor v. Alex Tamba Brima et als. (Prosecutor v. Brima)*, Special Court for Sierra Leone, Appeals Chamber, SCSL-2004-16-A, 22 February 2008, p. 66.

<sup>392</sup> Efectivamente, el hecho de que al matrimonio forzoso en tiempo de guerra con las características bajo las cuales se desarrolló en Sierra Leona se le haya calificado como un nuevo *crimen contra la humanidad* de "otros actos inhumanos" (*Prosecutor v. Brima*: 2008: 66) ha llevado a diferentes posicionamientos en

Particularmente, la Sala de Apelación del Tribunal Especial para Sierra Leona, en el caso *Prosecutor v. Brima et al*, dictaminó que los matrimonios forzados no son directamente identificables como crímenes sexuales en la medida en que se entiende que la intención del perpetrador es “obligar a otra persona por la fuerza o la amenaza del uso de la fuerza, a través de palabras o conductas del perpetrador o de aquellos asociados con él, a entrar en una asociación conyugal forzosa con otra persona resultante en gran sufrimiento, o daños mentales o físicos graves sobre la víctima”.<sup>393</sup>

#### 6.3.4. La adopción de niños para su explotación

La cuarta práctica análoga a la esclavitud recogida en la Convención Suplementaria de 1956 no viene definida bajo ningún nombre específico. El tratado simplemente incluye

---

la doctrina. Durante el desarrollo del caso, en apelación, el Tribunal Especial para Sierra Leona dictaminaría que “los perpetradores tenían la intención de imponer una asociación conyugal forzosa más que ejercitar mera propiedad sobre las mujeres y las niñas civiles” (*Prosecutor v. Brima*: 2008: párr. 192). Sobre esto se habrá reaccionado de manera dispar. De un lado, Annie Bunting, afirma que lo que allí se celebraba no sería considerado legalmente como matrimonio en ningún país, ni en costumbre ni en derecho civil y que, además, la práctica del matrimonio forzoso en tiempo de guerra debe considerarse e incluirse en la categoría ya existente de *crimen contra la humanidad de esclavitud – enslavement* – de acuerdo con el Estatuto de Roma, cuando sea parte de un ataque sistemático y generalizado contra la población civil (Bunting, “*Forced Marriage in Conflict Situations*”, 174, 179, 180). Por su parte, Scharf y Mattler sostienen, en sintonía con lo acordado por el Tribunal, lo favorable de contar con el reconocimiento de una nueva categoría de crímenes contra la humanidad que reconozca la conducta en su totalidad puesto que “ninguno de los crímenes contra la humanidad enumerados reconoce un crimen donde a la víctima se le niega su libertad personal, y es forzada a actos sexuales, trabajo doméstico, maternidad, y crianza de los hijos” y todo ello denigrando una “institución social y espiritual importante y protegida” y, finalizarán, afirmando que allí no se alcanza el umbral requerido para identificar casos de esclavitud puesto que la coacción se consigue a través de una vinculación no consensuada a los derechos y privilegios del matrimonio y no a través de la vinculación del derecho de propiedad. (Michael P. Scharf and Suzanne Mattler, “Forced Marriage: Exploring the Viability of the Special Court for Sierra Leone’s New Crime Against Humanity”, *Case Research Paper Series in Legal Studies, Working Paper* 05-35, (October 2005): 17, 19. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=824291](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=824291) [Consultado el 20 de julio de 2017]). A esta línea se suma Neha Jain quien, en línea con el pronunciamiento del Tribunal, simplemente declara que el reconocimiento del matrimonio forzoso como *otros actos inhumanos*, esto es, su reconocimiento como un crimen nuevo y separado de cualquier otro, “es más que apropiado en lo que respecta a su naturaleza distintiva y compuesta por múltiples capas”( Neha Jain, “Forced Marriage as a Crime against Humanity: Problems of Definition and Prosecution”, *Journal of International Criminal Justice* 6, No 5 (2008): 1030. En: <https://doi.org/10.1093/jicj/mqn064> [Consultado el 20 de julio de 2017]). En relación a esto último, Bridgette Toy-Cronin, si bien aplaude como una victoria para el proyecto feminista – que busca que se reconozcan y aborden los crímenes de género – el hecho de que se reconozca al matrimonio forzoso como un crimen individualizado mantiene, sin embargo, que el pronunciamiento del Tribunal es contraproducente si no se separa al matrimonio forzoso de las violencias que ocurren dentro del matrimonio como delitos diferentes (Bridgette Toy-Cronin, “What is forced marriage? Towards a definition of forced marriage as a crime against humanity”, *Columbia Journal of Gender and Law* 19:2 (2010): 589). Por su parte, Allain, va a presentar un nuevo prisma y, así, tras admitir que la esclavitud no reflejaría las especificidades necesarias para describir de manera apropiada al crimen del matrimonio forzoso, puntualizará que, aun así, aquella es un elemento esencial del delito y que, será porque el matrimonio es una institución protegida, que la noción del matrimonio forzoso debe ser un crimen individualizado en el derecho penal internacional (Jean Allain, “When Forced Marriage is Slavery”, en Allain, “The Law and Slavery”: 473).

<sup>393</sup> *Prosecutor v. Brima*: 2008: párr. 190 y 195.

en su listado a “cualquier práctica o institución por la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por alguno de sus padres, por ambos o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con miras a que se explote al niño o al joven o su trabajo”.<sup>394</sup>

Las notas interpretativas que acompañan a los *travaux préparatoires* del Protocolo de Palermo darán un rumbo a la determinación del sentido de esta disposición. Siguiendo lo allí dispuesto, en la definición de la trata de personas las adopciones ilegales se entenderían incluidas, como una de las posibles finalidades de explotación, cuando fueran identificables como prácticas análogas a la esclavitud al ser consonantes con las notas características del precepto de la Convención Suplementaria de 1956.<sup>395</sup>

La finalidad de explotación a la que aquí se hace referencia podría parecer clara en sus elementos, a saber, la adopción de un menor se daría motivada, tanto en el punto de salida como en el punto de llegada, por la intención de explotarlo a él o a su trabajo. Sin embargo, hay determinadas especificidades. En concreto, hay una determinación expresa de la identidad de los sujetos activos susceptibles de llevar a cabo la entrega del niño requerida para que surja la figura de la servidumbre. Específicamente, aquellos se circunscriben a sus padres o a quien ostente la patria potestad del menor. Además, esta entrega – que no requiere una contrapartida en dinero pudiendo, por ejemplo, entregarse al niño como regalo – por parte de los padres o quien ostente la patria potestad del menor es intencional. Esto es, la figura a suprimir contenida en el precepto estipula que ambas partes – los padres o el tutor del menor y quien lo adopta – entienden que el menor entregado va a prestar servicios – en el servicio doméstico, de tipo sexual o en trabajos, por ejemplo –, de manera que la explotación del niño es motivo impulsor de la entrega, diferenciando así a esta servidumbre de la mera explotación de un niño por sus – nuevos – padres o tutores. Dicho de otra manera, esta servidumbre no habría tenido lugar cuando los padres o el tutor dieran en adopción al niño sin intención alguna de que posteriormente debiera realizar una actividad y éste fuera, finalmente, adoptado por alguien que lo explotara.

---

<sup>394</sup> Artículo 1 letra d) de la Convención Suplementaria de 1956: “Any institution or practice whereby a child or young person under the age of 18 years, is delivered by either or both of his natural parents or by his guardian to another person, whether for reward or not, with a view to the exploitation of the child or young person or of his labour”.

<sup>395</sup> U.N. AGNU. Report of the *Ad Hoc* Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime on the work of its first to eleventh sessions. *Addendum: Interpretative notes...*, (UN Doc. A/55/383/Add.1), párr. 66.

Esta interpretación, lejos de ser descabellada, estaría en sintonía con el ejemplo de esta práctica al que se habría recurrido durante las negociaciones de la Convención sobre la esclavitud de 1926 y de la Convención Suplementaria de 1956, entendida como una realidad a suprimir. En concreto, se ha señalado que allí se tenían en mente prácticas como el sistema Mui Tsai de China consistente en que el niño sería transferido por sus padres para ser empleado, pudiendo darse, o no, un intercambio de dinero el cual no sería necesariamente percibido como indicativo de la venta del niño cabiendo considerarlo, simplemente, como un pago de la transferencia de sus servicios. Según lo allí comentado, la nueva relación no tendría por qué basarse en un derecho de propiedad sobre el Mui Tsai, sino en la de un tutor hacia un menor, concluyéndose con que, en todo caso, habría que eliminar aquellas conductas que estaría dirigida a transferir al niño “por adopción, o casi-adopción,” para someterse a aquellas actividades yendo en contra de su bienestar.<sup>396</sup>

Atendiendo a estos datos, reveladores del hecho de que la institución cuya supresión se buscaba consistía en transferir la patria potestad o la tutela de un niño para que – con la finalidad de que – fuera explotado, la interpretación que ha sido propuesta con respecto a la disposición contenida en la Convención Suplementaria de 1956 se apoya en un sustento real y no en meras conjeturas. Es más, ésta es la única lectura posible del precepto y, por ello, como acaba de ser dicho, en él no tendrían cabida aquellos casos en los que la intención de explotación no es compartida, a saber, cuando los nuevos padres o tutores buscaran la adopción o tutela del menor con vistas a su explotación pero sus padres biológicos o tutor transferente desconocieran tal propósito. La asunción de que ésta es la única vía interpretativa del precepto, además de apoyarse en el tenor de aquel artículo en virtud del cual, expresa y únicamente, se consagra la supresión de una figura en la cual la entrega del menor se realiza “con miras a que se explote al niño o al joven o su trabajo”, se sustenta, adicionalmente, en el aspecto mostrado por esta práctica análoga a la esclavitud en los tiempos de las negociaciones del contenido de aquella Convención. En particular, el *Comité Ad Hoc sobre Esclavitud* designado por el Secretario General de las Naciones Unidas para considerar las instituciones que deberían contenerse en la nueva Convención, diría con respecto a la práctica de la adopción con fines de explotación que, en ella, el estatus o la condición de servidumbre

---

<sup>396</sup> Jean Allain, “Sham Adoption: The DNA of a Conventional Servitude”, en Allain, “The Law and Slavery”: 331, 332, 333.



existirían únicamente cuando en las condiciones de la transferencia se permitiera la explotación del niño.<sup>397</sup> Igualmente, el 9 de abril de 1954, por carta del representante permanente de Reino Unido e Irlanda del Norte al Secretario General de las Naciones Unidas, el asunto sería traído a la palestra incluyéndose, como apunte final en la redacción del precepto, que allí se exceptuaban las adopciones de buena fe que buscaran promover el bienestar del niño o del joven.<sup>398</sup>

A pesar de que estos son – y no otros – los confines atribuidos a la figura, en la práctica, la determinación de cuál es la adopción ilícita comprendida en la trata de personas no será ajena al ruedo de los debates, viendo surgir a este respecto nuevas – aunque no necesariamente acertadas – aportaciones. Concretamente, se habrían sugerido dos posibilidades añadidas.

Primero, al no haberse entendido correctamente el contenido de esta disposición, David Smolin ha dicho que es funesta la falta de claridad del precepto puesto que “la cuestión de a quién corresponde la intención que cuenta es crítica para entender el alcance de la prohibición”. Alcanzar esta interpretación errónea del artículo, ha permitido que el autor sugiera la posibilidad de que bajo la Convención Suplementaria de 1956, a través de la figura de las adopciones para la explotación, se incluyesen aquellas adopciones internacionales en las que, a pesar de la buena fe inicial de los padres biológicos, el adoptante pretenda la explotación del menor.<sup>399</sup> De esta manera, presentando lo que acaba de ser confirmado como una ambigüedad inexistente en aquella disposición, se estaría proponiendo mostrar a las adopciones internacionales así entendidas como adopciones ilegales capaces de dar lugar a una posible finalidad de explotación de la trata de personas, lo cual, no es sólo imposible bajo este constructo sino que lo será, también, bajo la propuesta presentada a continuación.

---

<sup>397</sup> En su tenor original se declaraba: “The Committee therefore felt that a status or condition of **servitude existed only when the conditions of the transfer were such as to permit the exploitation** of the child regardless of its welfare” (Resaltado añadido) (Referenciado en Allain, “Sham Adoption”, 334).

<sup>398</sup> La disposición rezaba así: “[A]ny institution or practice whereby a child or young person is delivered by either or both his natural parents or his guardian to another person, whether for reward or not, under conditions which permit that person to exploit the child or young person or his or her labour; **except that this Article shall not be construed so as to prohibit or hinder bona fide adoptions intended to promote the welfare of children or young persons**” (Resaltado añadido) (Referenciado en Allain, “Sham adoption”, 334 y 335. Original en: UN. ECOSOC. *Slavery. Consultations concerning the desirability of a Supplementary Convention on Slavery and its possible contents*, 12 April 1954, (UN Doc. E/2540/Add.4), 3).

<sup>399</sup> David M. Smolin, “Intercountry Adoption as Child Trafficking”, *Valparaiso University Law Review* 39, No. 2 (winter 2004): 293 y 294. En: [https://works.bepress.com/david\\_smolin/3/](https://works.bepress.com/david_smolin/3/) [Consultado el 20 de julio de 2017].

Segundo, desde la doctrina, ya fuera de la figura de esta servidumbre, se ha manifestado que el espectro de lo que podrían considerarse adopciones ilegales equiparables con la trata de niños es aún más amplio. Como punto de partida de esta cuestión hay que exponer que en el asunto de las adopciones internacionales primarían dos posturas. Sobre esto, Judith L. Gibbons ha explicado que, de un lado, estarían quienes las verían como “un rescate de niños” – debido al gran número de huérfanos que necesitan familias –; y, de otro lado, en una posición opuesta se oiría a quienes las identificarían como trata de niños – debido a sus consecuencias hirientes como los casos de fraude, corrupción y robo de niños para venderlos como mercancía –.<sup>400</sup> Situándose en el segundo de los posicionamientos, Smolin ha puesto de relieve las preocupaciones suscitadas por las adopciones internacionales alertando de que, si bien no son inherentemente una forma de explotación, son considerables como tales por cuanto el sistema legal y la práctica de las adopciones han permitido que operen como un mercado de seres humanos. Todo lo cual no querría decir que todas las adopciones internacionales fueran equiparables a la trata, sino que el sistema en su conjunto es corrupto careciendo de medios efectivos para evitar la frecuente degeneración de aquella práctica en ésta última. Así las cosas, esto ocurriría cuando un intermediario indujese a los padres biológicos a consentir en dar a su hijo en adopción, violándose los estándares legales que requiere el consentimiento en tales casos<sup>401</sup> y transfiriéndose al niño a cambio de remuneración u otra consideración.<sup>402</sup> Dicho por el autor de manera más contundente, “secuestrar o comprar niños con el propósito de darlos en adopción es una forma de trata de niños”.<sup>403</sup>

Sin embargo, esta equiparación – y cualquier otra – no parecería posible por dos cuestiones. En un primer lugar, atendiendo a las propias previsiones acordadas en los tiempos de la constitución del Protocolo de Palermo, allí se incluía únicamente bajo el abanico de las adopciones ilegales a las actividades que reuniesen los rasgos distintivos establecidos por la cuarta práctica análoga a la esclavitud listada en la Convención

---

<sup>400</sup> Judith L. Gibbons, “Human Trafficking and Intercountry Adoption”, *Women & Therapy* Vol. 40, Nos.1-2 (2017): 170. En: <http://dx.doi.org/10.1080/02703149.2016.1210965> [Consultado el 20 de julio de 2017].

<sup>401</sup> Establecidos por el *Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional*, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993. En España en: BOE núm. 182, de 1 de agosto de 1995, páginas 23447 a 23454.

<sup>402</sup> Smolin, “Intercountry Adoption as Child Trafficking”, 282, 300, 324.

<sup>403</sup> David M. Smolin, “Child Laundering as exploitation: Applying anti-trafficking norms to intercountry adoption under the coming Hague Regime”, *Vermont Law Review* 32-1 (2007): 46. [http://works.bepress.com/david\\_smolin/6/](http://works.bepress.com/david_smolin/6/) [Consultado el 20 de julio de 2017].

Suplementaria de 1956, como resultado de lo cual, sólo éstas se considerarán como una finalidad de explotación. En efecto, esta controversia no vería necesidad puesto que ya se habría resuelto durante los *travaux préparatoires*. En aquel momento, dos delegaciones habrían querido asegurar que Palermo cubriría en su definición a las adopciones ilegales,<sup>404</sup> sin embargo, esto no desembocaría en su inclusión sino en la emisión de una aclaración expresa indicando qué manifestaciones de éstas tendrían cabida en el futuro instrumento y cuáles no. A saber, la adopción ilegal sólo contaría como un fin de explotación susceptible de engendrar casos de trata cuando ésta llegase al umbral requerido por la práctica análoga a la esclavitud de las adopciones para la explotación.<sup>405</sup>

En un segundo lugar, incluso omitiendo este dato e intentando ubicar la conducta de explotación fuera de los rígidos parámetros requeridos por la figura de la adopción ilegal como servidumbre, faltarían fundamentos necesarios para que el delito de la trata existiera. Esto es, para quienes aclaman que la maquinaria del sistema en el que se desarrollan las adopciones internacionales las equiparan a la trata infantil faltaría, para que tal afirmación pudiera tomar peso, una finalidad consistente en la intención de explotar al niño, puesto que éste será el elemento que determinará si una conducta cae o no dentro del ámbito de la trata. Y, como se entiende, este fin no podría afirmarse inherente a las adopciones internacionales puesto que, como ha sido resaltado, “no hay evidencias de una rutina de explotación sobre los niños internacionalmente adoptados [más allá de] algunos ejemplos individuales”<sup>406</sup> – lo cual no obsta, como se verá a continuación, para que se dieran casos de trata de personas si los elementos del delito están efectivamente presentes –. Es por ello que, a pesar de las pasiones dirigidas a

---

<sup>404</sup> U.N. AGNU. *Ad Hoc* Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime, *Revised draft Protocol...*, (UN Doc. A/AC.254/4/Add.3/Rev.6), pie de página 22.

<sup>405</sup> Where illegal adoption amounts to a practice similar to slavery as defined in article 1, paragraph (d), of the Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery it will also fall within the scope of the protocol” (U.N. AGNU. Report of the *Ad Hoc* Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime on the work of its first to eleventh sessions. *Addendum: Interpretative notes...*, (UN Doc. A/55/383/Add.1), párr. 66). Es interesante destacar que esto ha sido entendido así no de manera exclusiva en el ámbito del Protocolo de Palermo sino que, a su vez, es esta interpretación y no otra la que se ha seguido en el *Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos* del año 2005 en relación al cual se ha apuntado, en un tenor muy similar al anterior que: “The definition of trafficking in human beings does not refer to illegal adoption as such. Nevertheless, where an illegal adoption amounts to a practice similar to slavery as defined in Article 1 (d) of the Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices similar to Slavery, it will also fall within the Convention’s scope” (COE. *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, párr. 94).

<sup>406</sup> Gibbons, “Human Trafficking and Intercountry Adoption”, 179.

eliminar conductas reprobables bajo el estandarte de la trata de personas, la equiparación de ésta con las adopciones internacionales no es de recibo. Así, la intención de explotar al individuo como finalidad es requisito necesario, no bastando el logro de un lucro por la entrega final del niño. Si esto fuera así, podrían hacerse símiles imposibles alegándose, por ejemplo, que los secuestros con rescate son también un tipo de explotación a los que podría dirigirse la trata de personas por cuanto se acogería a una persona mediante medios fraudulentos para conseguir una contrapartida económica.

Es interesante apuntar brevemente que, dentro del contexto de las adopciones internacionales, se ha puesto de relieve cómo a menudo se ignora el caso de la trata de las madres biológicas por cuanto la posibilidad de calificar a aquellas adopciones como trata de niños acapara todo el debate.<sup>407</sup> Efectivamente, esto ocurriría en casos, como el documentado en Guatemala por Roby y Brown, en los que los tratantes orquestaran una operación en la que captaran mujeres mediante medios fraudulentos para someterlas a un sistema de producción de bebés en las que aquellas serían embarazadas de forma forzosa y sistemática con vistas a proporcionar recién nacidos a los tratantes que éstos pudieran dar en adopción para su lucro.<sup>408</sup> Nuevamente partiendo de esto, y por los argumentos ya aducidos, aquí no deberá entenderse que el tomar por la fuerza a estos niños para abastecer la demanda de adopciones internacionales sea un motivo para mantener una equiparación de la conducta con la trata de personas. Tan sólo en aquellos supuestos en los que el secuestro de estos menores fuera intencionalmente dirigido a que se diera una explotación final por quien los adoptara posteriormente la conducta sería encuadrable en el tipo penal, pero no como adopción ilegal. Esto es, aun suponiendo que se haga un recorrido fraudulento en el que un tratante se encargase de conseguir a niños – mediante pago, mediante rapto, mediante coacción, etc – para reubicarlos en adopciones internacionales con la intención de que finalmente se explotara a estos menores en un rango de maneras varias – a través de explotación sexual o laboral, etc –; en estos casos, la conducta sería trata infantil porque, efectivamente, se habrían dado los elementos de este delito – elemento de acción y elemento finalidad de explotación – y no porque las adopciones internacionales fueran en sí mismas equiparables a la trata o a una finalidad de ella.

---

<sup>407</sup> Jini L. Roby and Taylor Brown, “Birthmothers as victims of human trafficking in intercountry adoption”. En *The intercountry adoption debate: Dialogues across disciplines*, eds. Robert. L. Ballard *et al.* (Newcastle upon Tyne-UK: Cambridge Scholars Publishing, 2015), 310.

<sup>408</sup> *Vid.* Roby and Taylor, “Birthmothers as victims of human trafficking...”, 313 y 314.

La explicación de que esto sea así podría considerarse ya dicha si se tiene en cuenta todo lo expuesto hasta ahora. A saber, la razón de que aquella conducta sea calificada como trata de niños será que, ciertamente, se han dado los elementos de ésta y no que haya un nuevo tipo de adopción ilegal considerada en sí misma como trata. La adopción ilegal como una finalidad de explotación en el ámbito de la trata sólo existe bajo ese nombre cuando confluyan las características de la servidumbre y, en ésta, la intención de explotación que acompaña a la entrega del niño corresponde en exclusiva a los padres o tutores del menor. Fuera de estos parámetros se desvirtuaría la figura.

Para entender lo que se quiere decir, piénsese, por ejemplo, en el tenor del segundo supuesto introducido en el catálogo de los matrimonios serviles de la Convención Suplementaria de 1956. Allí, el marido de una mujer, su familia o su clan, tienen el derecho de transferirla a otra persona, ya sea a título oneroso u otro. La transferencia debe estar hecha por sujetos concretos, expresamente identificados, de manera que si una persona diferente al marido, a la familia de éste o a su clan, secuestra a una mujer y luego la transfiere según se requiere para casarla, esta unión resultante, desprovista de consentimiento, constituiría un matrimonio forzosos, pero no un matrimonio servil. En semejanza a esto, sólo existe, como tal, una figura identificable como adopción ilegal en el ámbito de la trata de personas que se habrá producido cuando las circunstancias de la situación sean las descritas en la práctica análoga a la esclavitud de la adopción para la explotación.

## 7. La trata de personas como delito autónomo y la evolución hacia su configuración última

### 7.1. La esencia de la trata de personas

En el inicio del apartado sobre las finalidades de explotación previstas en el Protocolo de Palermo se comentaba que, tras la introducción de una pluralidad de aquellos propósitos, la figura de la trata de personas habría superado su vinculación histórica con el debate de la prostitución – vinculación que ha sido ampliamente expuesta en el inicio de esta disertación –. Sin embargo, se ha puntualizado que tal autonomía se habría dado en muchas ocasiones tan sólo sobre el papel puesto que, con recurrencia, la realidad de los hechos ha mostrado la existencia de una tendencia a confundir a la trata de personas con algunos de sus fines de explotación. Esta tendencia a la yuxtaposición de figuras habría, por tanto, acompañado a la trata en su recorrido evolutivo, teniendo su primera

manifestación histórica en la igualación de la trata con el proxenetismo para, tras Palermo, ver nuevas modalidades como la subsunción de la trata de personas como una forma de trabajo forzoso o, tal vez contando con más adeptos, su equiparación con la esclavitud.

No obstante, la operación de intentar encuadrar a una figura dentro de otra es siempre conflictiva. Esto se vio en los intentos de dar cabida a las adopciones internacionales dentro de los márgenes de la finalidad de la trata de personas de las adopciones ilegales – constituida con características muy específicas como práctica análoga a la esclavitud –. O, igualmente, en los conflictos entre materias de explotación donde el trabajo forzoso no habría podido asimilarse ni con otras de las finalidades que le acompañan bajo la definición de la trata de personas, ni con la trata de personas en sí misma considerada. Las comparaciones serán imposibles y sus contradicciones resultantes insalvables. Por ejemplo, como fue expuesto, si se admite – como se hace – que el trabajo forzoso no es una norma de *jus cogens* y la esclavitud sí, ya, desde un principio y atendiendo meramente a las formas de explotación, no sería posible que el delito de la trata de personas fuera esclavitud cuando la intención de explotación de aquella se dirija al trabajo forzoso. Lo mismo sería predicable, obviamente, de aquellas situaciones en las que la trata tuviera como propósito cualquiera de los demás fines de explotación que le acompañan puesto que éstos tampoco disfrutaban del rango de normas imperativas de derecho internacional general. A todo esto se añade que, además, atendiendo a las características del delito de la trata de personas, si se tomaran como ciertas estas equiparaciones, se estaría obviando completamente su fisonomía, la cual, como ya se ha repetido, consta de tres elementos y, asimismo, no requiere que acontezca una explotación efectiva para su consumación.

A pesar de todo lo anterior, no hay que perder de vista que la yuxtaposición de figuras en derecho habrá desaparecido con la definición introducida en Palermo, donde se consagra a la trata de personas como un delito autónomo. Las confusiones provenientes de la práctica vendrán dadas por una multiplicidad de circunstancias y, así, se deberán, en parte, al inexacto entendimiento de la idiosincrasia de la trata de personas; en parte, al intento de poner etiquetas sobre las conductas capaces de mostrar su reproche y su condena con elocuencia ante el público– y alejándose de su verdadero significado jurídico –; en parte, a la desaparición de las circunstancias históricas que

originaron la tipificación de cada una de las figuras de explotación y que ayudaban a situarlas en contextos determinados.

Piénsese, por ejemplo, con respecto al tercer motivo, en los orígenes de la esclavitud y del trabajo forzoso. En esto, el preámbulo de la Convención sobre la Esclavitud de 1926 expresamente traza su recorrido histórico recordando que los orígenes de su lucha residen en la pretensión de erradicar a la trata de esclavos africanos y a la trata de esclavos por tierra y mar, mientras que, el Convenio sobre el trabajo forzoso de 1930, tal y como se explica desde la OIT, se dirigía particularmente al trabajo forzoso con fines de desarrollo económico haciendo particular referencia a la situación de algunos países coloniales, ocurriendo, de igual manera, que la abolición de los sistemas de trabajo forzoso como un medio de coacción política sería objeto del posterior Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso de 1957.<sup>409</sup> Visto esto, el solapamiento que experimentan algunas figuras en la práctica vendría influido por la desaparición de sus circunstancias históricas creacionales y determinado por un desconocimiento del entendimiento claro de la esencia de las figuras jurídicas una vez desarraigadas de aquel contexto originario. Justamente, aportando peso a este argumento, se ha comentado que la gran mayoría de las disposiciones de la Convención contra la Esclavitud de 1926, del Convenio contra el Trabajo Forzoso de 1930 y de la Convención Suplementaria sobre prácticas análogas a la esclavitud de 1956 han caído en desuso por su obsolescencia al tener que ver con situaciones de transición que debían ser gestionadas en sus primeros tiempos de vigencia. De ellos, lo que permanecería en esencia son las definiciones de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso y las obligaciones derivadas de ellos.<sup>410</sup>

Con todo, la idea a la que debe volverse una y otra vez es que, efectivamente, la yuxtaposición de figuras en derecho habrá desaparecido con la definición introducida en Palermo, donde se consagra a la trata de personas como un delito autónomo poseedor de su propia esencia, a la que cabrá referirse para dejar los márgenes claros. Como recalcó Lois Estévez, “[l]a esencia de una cosa se expresa en la definición -así lo reconocen los autores al unísono- y en los tratados jurídicos siempre se la formula antes o con independencia del debate sobre la naturaleza atribuible a la institución” o, citando a

---

<sup>409</sup> U.N. ILO. *Information and Reports on the Application of Conventions and Recommendations. Report of the Committee of Experts on the application of Conventions and Recommendations*, 46th Session, Report III (Part IV) (Geneva, 1962), párr. 2 y 3. <http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661%281962-46-IV%29191-289.pdf> [Consultado el 20 de julio de 2017]

<sup>410</sup> Allain, “The Implications of Preparatory Works for the Debate...”, 524.

Santo Tomás, "[l]a esencia es lo que constituye la cosa desde el punto de vista de su género propio o de su especie y lo que designamos mediante de esta cosa, respondiendo a la interrogante : ¿Qué es esto?".<sup>411</sup>

Teniendo esto en mente, cabe rememorar el tenor original de la definición de la trata revelador de la esencia del delito, permitiendo responder a qué es esto de la trata:

“Por "trata de personas" se entenderá la *captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción* de personas, *por medio de* la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, *con fines de explotación.*” (Cursiva añadida)

Esto es, una enumeración concreta de posibles actividades, llevadas a cabo a través de determinados medios “con fines de explotación”, y punto. Y “punto” debe ser entendido aquí literalmente y no de manera figurada, a saber, se cierra la presentación de los elementos constitutivos de la definición. Esta es la esencia de la trata de personas. Y a partir de ahí, una vez determinada – en apropiación de la terminología de Santo Tomás – “lo que constituye la cosa”, sigue una lista con las consabidas posibles modalidades de explotación las cuales, hay que recordar, se previeron como una clasificación abierta con la idea de evitar que el paso del tiempo volviera a la definición caduca (*vid ut supra* p. 106) y como susceptibles de ser, por sí mismas, objeto de tipificación individualizada en los ordenamientos jurídicos nacionales (*vid ut supra* pp. 98 y 99).

## 7.2. Hacia un concepto de explotación en el ámbito de la trata de personas

Siguiendo la esencia del delito, es lo propio aproximarse a qué se querrá decir por explotación con la finalidad de determinar cuándo una figura disfrutaría de tal carácter siendo entonces susceptible de englobarse bajo el tercer elemento de la trata en caso de que la acción y el medio de ésta fueran dirigidos a aquella. Lo apropiado de esclarecer la significación de la explotación en sí misma considerada en el ámbito de la trata se entiende retomando una afirmación emitida por el Tribunal Supremo australiano con

---

<sup>411</sup> José Lois Estévez, “Sobre el concepto de naturaleza jurídica”, *Anuario de Filosofía del Derecho* 4 (1956): 163 y 165.



ocasión del caso *R v. Tang* donde sentenciaba que aquellos que participan en la trata de seres humanos es improbable que lo hagan obligándose a acomodar sus prácticas para ajustarse a una taxonomía conveniente<sup>412</sup> y es que, efectivamente, al tratante le importará el beneficio que puede obtener a través de una explotación y no la configuración legal de ésta, pudiendo emplearse en formas nuevas y variadas de explotación de las personas no inicialmente previstas.

Pues bien, la idea de partida es que a pesar de que el tercer elemento de la definición de la trata, el elemento finalidad, consiste en la existencia de una intención de explotación, en ningún lugar se explicó qué debía entenderse por tal explotación o hacia dónde habría que mirar para dotarla de substancia. Como ya es sabido, se elaboró una lista abierta dando como resultado que, en Palermo, la explotación sea un catálogo de actividades pero no un concepto legal. Intentando arrojar algo de luz sobre la cuestión, la Ley Modelo brinda, primero, aproximaciones a lo que considera debe asociarse con la explotación hablando de “condiciones de trabajo particularmente duras o abusivas” o “condiciones de trabajo inconsistentes con la dignidad humana”; y, segundo, ofrece, como ejemplo, la definición consagrada en el Código Penal belga el cual introduce un concepto de explotación en su definición de la trata de personas como “la intención de poner a alguien a trabajar o permitir que la persona sea puesta a trabajar donde las condiciones son contrarias a la dignidad humana”.<sup>413</sup> Vistas estas propuestas, uno podría celebrar – por lo menos en esta ocasión – que la Ley Modelo no sea vinculante. Efectivamente, recientemente se ha visto, al hablar del trabajo forzoso, los problemas que podrían derivar de poner a la palabra “trabajo” a la cabeza de una definición de actividades de explotación. Si se siguieran estas indicaciones, por lo pronto, y sin necesidad de aventurarnos más allá de lo que ha sido expresamente dicho, con esta propuesta de definición ya, en puridad, ni la explotación de la prostitución ajena, ni la extracción de órganos, ni los matrimonios serviles, entre otros, serían considerables explotación. Así las cosas, cabe plantear qué avances pueden ofrecerse para la elaboración de un concepto de explotación que satisfaga los requerimientos del elemento finalidad de la trata de personas.

---

<sup>412</sup> “[Those] who engage in the traffic in human beings are unlikely to be so obliging as to arrange their practices to conform to some convenient taxonomy” (*Tang* [2008] HCA 39 (Unreported, Gleeson CJ, Gummow, Kirby, Hayne, Heydon, Crennan and Kiefel JJ, 28 August 2008) [29]. Citado en: Allain, “Case Notes. *R v Tang*...”, 252).

<sup>413</sup> U.N. UNODC. *Model Law against Trafficking in Persons*, 28.

Desde la doctrina, en las exposiciones sobre la determinación de significado de la explotación que comienzan analizando los posibles entendimientos del término se ofrecen dos alternativas. Por un lado, se concibe que ésta pudiera consistir en usar o sacar provecho u obtener un beneficio de una cosa o de una situación, considerándose tal manifestación de una ética inocente. Por otro lado, el vocablo se podría referir a relaciones entre individuos en las que se usa o se saca provecho de la persona de forma injusta, dañina o impropia en el sentido de que un sujeto – el explotador – se beneficia de la interacción con otra persona – el explotado – en virtud de la vulnerabilidad o posición de desventaja de esta última.<sup>414</sup> En esto, se ha subrayado que para que la explotación sea reprobable debe estar vinculada de alguna manera a la injusticia y no sólo al aprovechamiento de otra persona, lo cual plantea la pregunta de cómo de injusta debe entenderse.<sup>415</sup> Además, Warren ha apuntado la presencia de dificultades adicionales como la pluralidad de aspectos en los que la atención puede centrarse dentro de la interacción que se da en la explotación, a saber, la naturaleza de la interacción entre las partes – si es deshumanizante –, o la naturaleza de la ganancia del explotador en relación con la parte explotada – si es desproporcionada o innecesaria –, o el proceso que crea o mantiene vulnerabilidades que hacen la explotación posible – si hay, por ejemplo, un ejercicio de poder desigual –.<sup>416</sup>

Una breve aproximación a los escritos de algunos autores, sin intención de exhaustividad, muestra el ambiente candente inherente al debate de las ideas. En éste, mostrando una toma de posición sobre lo anterior, Valdman apuntará que la injusticia atribuible a la explotación no puede explicarse en su totalidad atendiendo a restricciones morales como la orden de no dañar a las personas, o de coaccionarlas o de utilizarlas como medios, ni tampoco con obligaciones morales como la de rescatar a quien se encuentra en peligro o la de no aprovecharse de las vulnerabilidades de las personas, sino que la clave residirá en la obligación moral de no extraer beneficios excesivos de quien no puede, o no puede razonablemente, rehusar la oferta que tendrá que, además,

---

<sup>414</sup> Vid Paul Warren, “Exploitation”, *Encyclopedia of Global Justice*, (Springer Netherlands, 2011): 328; y U.N. UNODC, *Issue Paper: The concept of “exploitation” in the Trafficking in Persons Protocol*, (Vienna: UN, 2015): 21. [https://www.unodc.org/documents/congress/background-information/Human\\_Trafficking/UNODC\\_2015\\_Issue\\_Paper\\_Exploitation.pdf](https://www.unodc.org/documents/congress/background-information/Human_Trafficking/UNODC_2015_Issue_Paper_Exploitation.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].

<sup>415</sup> U.N. UNODC, *Issue Paper: The concept of “exploitation”*, 21 y 22.

<sup>416</sup> Warren, “Exploitation”, 328.

dañar a la persona explotada para el beneficio del explotador.<sup>417</sup> El autor habrá seguido el célebre trabajo de Alan Wertheimer quien formulaba como punto de inicio que “A explota a B cuando A toma una ventaja injusta sobre B” siendo que es porque es injusta que está mal. Así – seguirá –, “A estará explotando de manera dañina cuando A gana a través de una acción o transacción que es dañina para B cuando el daño es definido en relación a una referencia apropiada”.<sup>418</sup> Por su parte, Allen Wood posiciona su trabajo en la consideración de que la explotación es el uso de una vulnerabilidad para los fines del explotador de manera que éste encajará tal uso en un plan o proyecto que supondrá un control sobre el objeto. Esto implica que cuando un atributo de una persona es útil para el explotador, éste la pondrá bajo su control encontrando en el sujeto alguna vulnerabilidad sobre la cual estará en posición de aprovecharse. Ante esta situación, la explotación será injusta cuando viole los derechos de la persona, teniendo que prevenirse por ley.<sup>419</sup> A pesar de todas las propuestas, la controversia sobre la concretización del contenido de la injusticia en la explotación es perenne teniendo, prácticamente tantos matices como autores escribiendo sobre la cuestión.<sup>420</sup>

Viéndose todas estas aportaciones sobre lo que se considera injusto en el concepto de explotación, es fácilmente apreciable, como también ha hecho notar Allain,<sup>421</sup> que en el contexto de la trata de personas el adjetivo injusto viene aportado de sí. En esto, el elemento de medios adjetiva a la explotación como injusta. Así, acaba de ser dicho que se está hablando de relaciones entre personas en las que el explotador usa o saca provecho de la interacción con el explotado de forma injusta o dañina por cuanto se aprovecha de la posición de desventaja de este último. En este sentido, el elemento de

---

<sup>417</sup> Mikhail Valdman, “A Theory of Wrongful Exploitation”, *Philosophers’ Imprint* 9, No. 6 (July 2009): 1 y 6. <http://quod.lib.umich.edu/cgi/p/pod/dod-idx/theory-of-wrongful-exploitation.pdf?c=phimp;idno=3521354.0009.006> [Consultado el 20 de julio de 2017].

<sup>418</sup> Alan Wertheimer, *Exploitation*. (Princeton-New Jersey: Princeton University Press, 1996), 6, 10 y 207.

<sup>419</sup> Allen Wood, “Unjust exploitation”, *The Southern Journal of Philosophy* 54, No S1 (2016): 92, 94-96.

<sup>420</sup> Así, por ejemplo, Tea Logar declara en relación a los que posicionan a la *vulnerabilidad* como nuclear en la construcción de una explotación injusta que, aunque la noción de explotación consistente en aprovecharse injustamente de la vulnerabilidad de otros se ha generalizado en la literatura filosófica, esta aproximación es inadecuada puesto que deja fuera muchos ejemplos de explotación, especialmente aquellos dentro de las relaciones personales e íntimas (Tea Logar, “Exploitation as Wrongful Use: Beyond Taking Advantage of Vulnerabilities”, *Acta Analytica* 25, Issue 3 (2010): 329). O, Robert Mayer quien descartando que la explotación sea injusta por ser coercitiva, degradante o porque aproveche las vulnerabilidades, dirá que lo es por ser una ganancia indebida, siendo lo esencial que, en ella, el explotador siempre gana a expensas de otros infligiendo pérdidas relativas en la parte desfavorecida y dañando a la víctima, incluso cuando la interacción sea mutuamente ventajosa, al no beneficiar al perjudicado como sería justamente requerido (Robert Mayer, “What’s wrong with Exploitation?”, *Journal of Applied Philosophy* 24, No. 2 (2007): 137).

<sup>421</sup> Allain, “No Effective Trafficking Definition Exists”, 129.

medios de la trata de personas – consistente en el recurso al uso de la amenaza o de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de situaciones de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra –, podría decirse que cualifica como injusta a la explotación a la que se dirige la acción, traspassando la frontera del mero aprovechamiento de otra persona.

Para entender lo que se quiere decir, por ejemplo, ante la exposición de Valdman, que sigue la estela de Wertheimer, donde la clave de la injusticia residiría en la obligación moral de no extraer beneficios excesivos de quien no puede, o no puede razonablemente, rehusar la oferta, cabe decir que la trata de personas, justamente, trae por defecto un componente – el elemento de medios – que aquí aportaría el carácter injusto a la explotación por cuanto su presencia impide que la persona pueda rechazar la oferta inicial. En efecto, esto puede suceder porque realmente no se conocen los parámetros cualitativos reales de aquello en lo que la persona va a comprometerse al haber mediado engaño, impidiéndose que se pueda rechazar la oferta real subyacente, o porque se hubieran empleado medios que, sin necesidad de presentar una oferta velada, le imposibilitan rehusarla como, por ejemplo, las amenazas o el uso de la fuerza o, incluso, el abuso de una situación de vulnerabilidad tal y como es entendida en el ámbito de la trata de personas.<sup>422</sup> Igualmente, al mismo resultado se llega sobre lo expuesto por Wood, en cuyo trabajo, el autor expondría que en la explotación, la injusticia estará presente cuando medie el aprovechamiento de una vulnerabilidad de una persona por parte del explotador que la controla para sacar provecho de ella, violando sus derechos. En esto, la trata de seres humanos, además de ser una violación de los derechos humanos de la persona (*vid ut infra* Capítulos III y IV), nuevamente incorpora en su fisonomía expresamente, a través del elemento de medios, al abuso de una situación de vulnerabilidad demostrándose, como ocurría en el caso anterior, que el contexto que emerge bajo el paraguas constituido por los elementos de la trata aporta en sí mismo la injusticia requerida para dotar a la explotación de un carácter indebido.

---

<sup>422</sup> El abuso de una posición de vulnerabilidad en el contexto de la trata de personas es entendida, desde los tiempos de las negociaciones de Palermo, como el abuso de cualquier situación en la que la persona involucrada no tiene más alternativas reales y aceptables que rendirse al abuso (U.N. AGNU. Report of the *Ad Hoc* Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime on the work of its first to eleventh sessions. *Addendum: Interpretative notes...*, (UN Doc. A/55/383/Add.1), párr. 63). Sobre esto, se ha añadido que la vulnerabilidad puede ser de cualquier tipo, ya sea física, psicológica, emocional, relacionada con la familia, social o económica, pudiendo comprender, por ejemplo, la irregularidad del estatus administrativo de la persona o su frágil salud (COE. *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, párr. 83).

Teniendo esto en mente, quedará por determinar cuándo una actividad en el contexto injusto inherente a la figura de la trata de personas, determinado como tal por la presencia de los medios de comisión, va a ser considerada de explotación en el ámbito de la trata de seres humanos.

En efecto, visto que el elemento de medios cualifica al contexto de la trata como injusto, resta establecer cuál es el criterio que determina qué conductas de uso o aprovechamiento injustas dadas en la interacción entre dos personas alcanzan el umbral requerido para considerárselas manifestaciones de explotación en el ámbito que aquí ocupa. En este delito, como ya ha sido expuesto, por explotación se entiende un catálogo específico de conductas, ocurriendo, no obstante, que la redacción abierta del precepto invita a indagar, aparentemente a ciegas, en el esclarecimiento de un concepto del término que, en este espacio, dirija la futura inclusión de figuras.

En esto, en otro lado de este trabajo ya se ha comentado que, recientemente, la Relatora Especial sobre la trata de personas propugnaba una interpretación amplia del concepto de explotación asociado a este delito, el cual vendría dotándose de contenido al declararse que podría dirigirse hacia cualquier finalidad ilícita.<sup>423</sup> Esta visión de la Relatora, lejos de ser considerable como el surgimiento de una posible nueva tendencia en la dotación de sentido al concepto de explotación en el ámbito de la trata, encontraría fundamento en los *travaux préparatoires* de Palermo. Y, de ahí, el pequeño matiz introducido unas líneas más arriba expresando que la indagación en el esclarecimiento del concepto del término explotación que dirigirá la discriminación de figuras que serán, o no serán, susceptibles de ser consideradas de explotación se llevaría a cabo, tan sólo, *aparentemente a ciegas*.

Efectivamente, observando el transcurrir de los trabajos previos del Protocolo de Palermo se puede identificar una idea que unía en entendimiento a todos los tipos de explotación presentes, a saber, un concepto que da muestra de qué es lo que los negociadores entendían en el punto de partida por la explotación a la que se dirigía la trata de personas. En aquellos momentos, durante el trabajo dedicado a la determinación de las diversas definiciones de los términos relevantes, se proponía introducir de manera expresa que por la trata – sin que ello altere en relevancia lo que se busca dejar patente

---

<sup>423</sup> U.N. AGNU. HRC. *Report of the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children*, Maria Grazia Giammarinaro. (UN Doc. A/HRC/29/38), párr. 52.

aquí, allí se hacía referencia exclusiva a la trata de niños y mujeres – debía entenderse cualquier acto realizado o que fuera a realizarse que tuviera un propósito o fin ilícito. Esto es, todas las explotaciones a las que podía dirigirse la trata se entendían englobadas bajo el concepto de propósitos o fines ilícitos. Esta afirmación puede hacerse con rotundidad puesto que la idea no habría quedado ahí y los esfuerzos se dirigirían a establecer una lista de posibles “fines o propósitos ilícitos” que, como puede comprobarse,<sup>424</sup> se correspondían en su gran mayoría con los fines de explotación que luego se enumerarían de forma expresa en el tratado resultante no quedando, por lo tanto, duda alguna de que es bajo este significado, y no otro, que se concebía a la explotación en Palermo. Así las cosas, el criterio que allí decidiría cuáles serían las situaciones susceptibles de considerarse manifestaciones de explotación a las que puede dirigirse la trata de personas será que éstas sean contrarias a la ley.

Esta conceptualización de la explotación en el ámbito de la trata de personas, por la que el aprovechamiento injusto de una persona será considerado explotación cuando haya sido establecido por ley, trascendería a las negociaciones de Palermo para recibir, posteriormente, acogida en el plano normativo. En concreto, once años después de la adopción del Protocolo contra la Trata, en el ámbito de la Unión Europea, la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos<sup>425</sup> va a introducir una tipificación de la trata de seres humanos perfilada de tal manera que presentará, en una disposición normativa, las matizaciones que vienen de hacerse.

---

<sup>424</sup> En concreto, el listado descartado que se barajaba en la época rezaba:

“d) Por ‘propósito o fin ilícito’ se entiende: i) La reducción a la esclavitud, servidumbre o a otra condición análoga; ii) El mantenimiento de una persona en tal situación para exigir el desempeño de trabajo forzado u obligatorio bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicha persona no se ofrece voluntariamente, como así también, cuando se la obligare, por la costumbre o por un acuerdo, mediante remuneración o gratuitamente, a prestar determinados servicios sin libertad para cambiar su condición; iii) La prostitución o cualquier otro tipo de explotación sexual de una mujer o de un niño aunque mediare su consentimiento; iv) Cualquier medio de producción, distribución e importación, en sus formas presentes o futuras, de materiales gráficos o audiovisuales centrados en la conducta sexual de las mujeres, los niños o en los genitales de los mismos; v) La concertación, promoción o explotación de actividades o viajes de turismo que importen la explotación sexual de mujeres; vi) La promoción, facilitación o concertación de actos para hacer incierto, alterar o suprimir el estado civil de una mujer, de cualquier modo o por cualquier medio, haya mediado o no precio o promesa remuneratoria, práctica tradicional o consuetudinaria y se haya ejercido o no amenaza o abuso de autoridad; o vii) La extracción de órganos o materia orgánica corporales” (U.N. AGNU. *Ad Hoc* Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime, *Revised draft Protocol...*, (UN Doc. A/AC.254/4/Add.3/Rev.4), p. 6 y 7).

<sup>425</sup> Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011 relativa a la *Prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas* y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, Diario Oficial de la Unión Europea, 15.4.2011, L 101/1.

Concretamente, primero hay que hacer ver que en la distribución interna de su artículo segundo sobre la definición de la trata y delitos relacionados, se separan deliberadamente en diferentes apartados a, en un lado, el posible catálogo de figuras de explotación y, en el otro lado, a la definición de la trata de personas. En virtud de tal desglose, allí no cabrá duda de que la esencia de la trata es la combinación de un elemento de acción, de un elemento de medio – excepto menores, como es regla – con una intención de explotar – y punto –. Así, no incluyendo acto seguido al consabido catálogo de finalidades de explotación, se rompe la asociación a que se acostumbra, dejando claro que la trata no es una de aquellas. Además, en segundo lugar, en el apartado separado en el que sí se introducirá qué actividades deberán entenderse comprendidas bajo aquella explotación incluirá, junto al listado tradicional, a la *explotación de actividades criminales*.<sup>426</sup> Con esta nueva inclusión, aquí, expresamente se estaría tendiendo hacia la misma idea que habrá sido luego retenida por la Relatora Especial sobre la trata cuando declaraba que este delito podría dirigirse hacia cualquier finalidad ilícita, o, asimismo, a la introducida por los negociadores del Protocolo de Palermo al aunar a todas las conductas de explotación bajo el concepto de fines o propósitos ilícitos. Esto es, la Directiva 2011/36/UE se dirigiría, igual que los anteriores, hacia percibir que las situaciones susceptibles de considerarse manifestaciones de explotación a las que puede encaminarse la trata de personas deberán ser contrarias a la ley.

Con todo lo dicho, se puede afirmar que hay una suerte de base consensual con respecto a cuál es el concepto de explotación que rige en el ámbito de la trata de personas. De esta manera, en cuanto el contexto de la trata suministra el adjetivo injusto a través de la presencia de los medios empleados para llevar a cabo la acción, dentro de éste, la intención del tratante será la de aprovecharse o usar a la persona con un propósito o fin ilícitos, esto es, contrarios a la ley, que será lo que los califique de explotación. En esto, hay que retener que en cuanto esta atribución de significado ha sido consagrada normativamente por la Directiva 2011/36/UE, este entendimiento habrá sido incorporado a los ordenamientos jurídicos de todos los Estados Miembros de la Unión Europea, en teoría, antes del 6 de abril del año 2013.<sup>427</sup> Por ejemplo, sobre esto

---

<sup>426</sup> Vid Artículo 2 apartados 1 y 3 de la Directiva 2011/36/UE.

<sup>427</sup> Siguiendo las reglas de transposición de esta Directiva, los Estados Miembros de la Unión Europea tendrían que emitir las leyes, regulaciones y disposiciones normativas que fueran necesarias para cumplir con sus mandatos antes del 6 de abril del 2013 (Artículo 22 apdo. 1 de la Directiva 2011/36/UE).

se puede ver cómo España ha incluido, finalmente, aunque con retraso – la modificación requerida para introducir la nueva redacción en el Artículo 177 bis no tendría lugar hasta la reforma del Código Penal del año 2015 –, esta referencia a la explotación de actividades criminales en el catálogo de finalidades de explotación de la trata de personas que, contenido en su disposición correspondiente, dará cabida al concepto de actividades contrarias a la ley. Todo lo cual viene a mostrar que, efectivamente, un concepto de explotación, dotado de las características y estructura expresadas, está en proceso de consolidarse de manera uniforme en el ámbito de la trata de seres humanos.

Por último cabe hacer una interesante precisión. El concepto de explotación aquí propuesto cuenta con un antecedente aún más remoto y éste también le ofrece respaldo normativo. Presentado como cierre, es muestra de que la aceptación en el ordenamiento jurídico internacional de la idea que aquí se maneja precede a Palermo. En el año 1994, la *Convención Interamericana sobre el Tráfico Internacional de Menores*, adoptada por la Organización de los Estados Americanos, a pesar de su nombre – el cual aparentemente precisa que se dirige al tráfico de menores –, incluye en su objeto a la lucha contra la trata de menores. En concreto persigue “la substracción, el traslado o la retención, o la tentativa de substracción, traslado o retención, de un menor con propósitos o medios ilícitos” entendiéndose por propósitos ilícitos a la “prostitución, explotación sexual, servidumbre o cualquier otro” – Artículo 2 apdo. (b) y (c) –. Aquí se ve cómo, también, el concepto de propósito ilícito engloba a las actividades de explotación que serían enumeradas en Palermo mostrando que, desde sus configuraciones más lejanas, se entendía que el acto de la trata – aquí, de menores – se dirigía a actividades contrarias a la ley.

### 7.3. La trata de personas dirigida a su explotación en propósitos o fines ilícitos

Recopilando y uniendo las piezas de todo lo expuesto, varias certezas contundentes deben señalarse con intención conclusiva. Para empezar, a estas alturas es un conocimiento seguro y claro que la trata de personas es un delito autónomo – y, como se expondrá con más detalle adelante, una violación de derechos humanos – independiente de las finalidades de explotación a las que es susceptible de dirigirse. En él, el *actus reus*, o el elemento material del delito, estará compuesto por el elemento de acción – debiendo tener siempre presente una de las conductas que lo conforman – y por el elemento de medios – cuyas conductas no deben concurrir necesariamente en el caso de



menores –. Por su parte, la *mens rea*, o el elemento mental del delito, se presenta como la intención del tratante de explotar a la persona lo cual, como fue puesto de relieve cuando se delimitaba a la figura de la trata de personas del tipo del tráfico de migrantes agravado, puede ser difícil de probar, ocurriendo que la imposibilidad de demostrar la concurrencia de la intencionalidad impida distinguirla de esta figura afín.

Será aquí, como se viene haciendo hincapié, que queda la formulación completa del tipo penal. No es necesario que se dé una explotación efectiva, de forma que el delito puede consumarse sin necesidad de llegar a producir el resultado de explotación y, si ésta ocurre, no es preciso que el beneficio extraído sea económico. Además, en todo esto habrá de tenerse en cuenta que, en la determinación de qué debe entenderse por explotación en el contexto de la trata, tanto en la remota Convención Interamericana sobre el Tráfico Internacional de Menores, como en la concepción inicial de las negociaciones de Palermo, como la posterior consagración normativa de la Directiva 2011/36/UE, muestran un concepto de explotación en este ámbito que va más allá de un mero catálogo de conductas. Como resultado, el delito de la trata se entenderá como la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas a través de uno de los medios ilícitos con la intención de explotar a la persona en una finalidad contraria a la ley.

Teniendo en cuenta el concepto de explotación presentado, podría entenderse que el estado último de la forma de la trata de personas está en plena configuración. Estaríamos, en este asunto, ante el posible advenimiento de una tercera fase en la configuración de la trata de personas. En este tercer periodo, la delimitación de la figura habría superado un estadio inicial, en el que se habría concebido a la trata como dirigida, exclusivamente, a la finalidad de la explotación de la prostitución ajena o que se habría yuxtapuesto con ella; para pasar a una segunda etapa, de desarrollo contemporáneo, en la cual la trata tiene por finalidad un catálogo abierto de determinados tipos de explotación – dispar en muchos ordenamientos jurídicos nacionales – llegando, siguiendo su tradición, a confundirse, de hecho, en muchos casos con ellos; para arribar a una tercera fase en la que mantener un listado de posibles finalidades de explotación podría considerarse superfluo pasando, entonces, a eliminarse las referencias específicas a aquellas y, todo ello, a través de la asunción global de un concepto de explotación concebido como propósito o fin ilícito. Tal asunción lograría, a diferencia de las dos etapas anteriores, el corolario de la

independencia de la figura, tanto en los hechos como en el derecho, al presentarse una concepción unificada como el delito autónomo de *la trata de personas dirigida a su explotación en propósitos o fines ilícitos*.

Si se atiende a todo lo dicho, se aprecian fácilmente las ventajas de adoptar esta propuesta por la cual se entiende que la configuración de la trata se ha dado como un fenómeno diacrónico y que, como tal, habrá tenido fases sucesivas en su evolución estando la última por venir de la mano de la consagración de un concepto unificado de la explotación en su ámbito. Concretamente, implicaría que no quedarían fuera de la figura aquellos casos de la trata de personas donde la explotación a la que éstas han sido sometidas no hubiera sido expresamente enumerada en los ordenamientos jurídicos nacionales. Esto no ocurriría evidentemente si, más allá de un catálogo de conductas, existiese un concepto de explotación al que recurrir en el discernimiento de qué explotación debe ser integrada. Con el reconocimiento de este concepto se permitiría que, ante una nueva situación de trata de personas a enfrentar, se aplicase la legislación sobre la trata prevista para el procesamiento de los tratantes, la cooperación entre Estados, la protección de las víctimas y la prevención de futuros casos, y ello, a pesar de que el tipo de explotación no hubiera sido previa y expresamente integrado, siempre que pudiera calificarse como fin o propósito ilícito. Así, por ejemplo, para erradicar la trata de personas con el fin de explotarlas como mulas de la droga en un cartel internacional, sin la existencia de un concepto de explotación como propósito ilícito, habría que estar a las legislaciones nacionales de los Estados concernidos para determinar si sería o no de aplicación la legislación en materia de trata de personas – con lo que ésta conlleva en cuanto a cooperación, procesamiento, protección y prevención –, ocurriendo que ésta sólo entraría en juego si aquella actividad hubiera sido prevista específicamente como una finalidad de explotación en ambas naciones. Es por ello que se comprende la conveniencia de adoptar esta dirección en el discurso de la concreción de los márgenes de la trata perfilando, en esta tercera fase, un concepto de explotación determinado que permita, sin necesidad de catalogar conductas de forma expresa, la supresión del delito globalmente unificado de *la trata de personas dirigida a su explotación en propósitos o fines ilícitos*.

## Segunda parte

La trata de personas como una violación de derechos humanos



## Capítulo III

### La protección de las víctimas de la trata a través de tratados internacionales con referencias originarias a su combate

#### 1. Tratados internacionales con referencias originarias a la lucha contra la trata

La evolución normativa del delito de la trata ha progresado en el ordenamiento jurídico internacional de la mano de los tratados internacionales expuestos en el Capítulo I de este trabajo. Junto al resultado de aquel progreso, actualmente, varios tratados internacionales, tanto de alcance universal como de ámbito regional, incluyen en sus textos referencias originarias a la trata de personas. Algunos le dedican una disposición concreta y otros la tienen por objeto. Un somero vistazo, muestra el panorama.

Desde diferentes ámbitos regionales se puede hablar, a grandes rasgos, de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, adoptada en el año 1969, que expresamente establece que “nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas” – Artículo 6 apdo. 1 –. Asimismo, la ya nombrada Convención Interamericana sobre el Tráfico Internacional de Menores, adoptada por la Organización de los Estados Americanos en el año 1994, la cual, a pesar de su nombre, incluye en su objeto a la lucha contra “la sustracción, el traslado o la retención, o la tentativa de sustracción, traslado o retención, de un menor con propósitos o medios ilícitos” entendiéndose por propósitos ilícitos a la “prostitución, explotación sexual, servidumbre o cualquier otro” – Artículo 2 apdo. (b) y (c) –, esto es, contra la trata de menores. Por su parte, la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (UE), del año 2000, también establece de manera originaria que “se prohíbe la trata de personas” – Artículo 5 apdo. 3 –. Desde la Asociación del Asia Meridional para la Cooperación Regional (SAARC), la *Convención sobre la prevención y lucha contra la trata de mujeres y niños para la prostitución*, del año 2002, está destinada a combatir la trata a lo largo del total de su articulado. Igualmente, el *Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los derechos de las mujeres en África*, del año 2003, establece que sus Estados Parte deben adoptar medidas apropiadas y efectivas para prevenir y condenar la trata de mujeres, procesar a los tratantes y proteger a aquellas mujeres más expuestas – Artículo 4 letra (g) –; y, la *Carta Árabe de Derechos Humanos*, del año 2004, prohíbe

explícitamente la trata de seres humanos – Artículo 10 –. Compartiendo el mismo fin, en el ámbito europeo, el *Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos* (el Convenio de Varsovia), del año 2005,<sup>428</sup> combate la trata de personas tornando un contenido similar al previamente consagrado por el Protocolo de Palermo hacia una perspectiva más acorde con los derechos humanos.

Desde una aproximación universal, junto a los tratados expuestos en el capítulo anterior, también se han concluido instrumentos de derechos humanos que, de manera originaria, condenan a la trata. Adoptada en el seno de las Naciones Unidas, la *Convención sobre los derechos del niño*, del año 1989, compromete a sus Estados Parte a tomar “todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma” – Artículo 35 –. Aún en el ámbito específico de los niños el Protocolo facultativo de la anterior Convención, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, del año 2000, se dirige, entre otras cosas, a asegurar que sus Estados Firmantes adopten medidas para erradicar la oferta, la entrega o la aceptación de un niño, por cualquier medio, con fines de explotarlo sexualmente, de transferirlo para lucrarse de los órganos del niño o para someterlo a trabajo forzoso – Artículo 3 apdo. 1 letra (a) sección (i) –. El hecho de que junto a las regulaciones generales sobre la trata existan algunas concretas para afrontar aquella que recaiga específicamente sobre los niños guarda lógica, como comenta Pilar Trinidad, con el hecho de que “los niños constituyen un grupo humano que se encuentra en situación de *especial desprotección* y que, quizá por ello, determinados derechos adquieren una dimensión especial cuando afectan a la infancia”.<sup>429</sup> También desde las Naciones Unidas, la *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer* (CEDAW), del año 1979, vería la luz con un precepto en su articulado dirigido a que sus futuros Estados Miembros combatiesen la trata de mujeres – Artículo 6 –.

Toda esta batería de instrumentos normativos internacionales, regionales en un caso y universales en el otro, vienen, prácticamente en su totalidad, embebidos, en mayor o menor medida, por una perspectiva de derechos humanos. Por ello, esta enumeración da

---

<sup>428</sup> *Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, Warsaw, 16.V.2005, CETS No. 197.

<sup>429</sup> Pilar Trinidad Núñez, “¿Qué es un niño? Una visión desde el Derecho Internacional Público”, *Revista Española de Educación Comparada* 9 (2003): 14.

muestra de la dedicación e interés de la comunidad internacional en combatir la trata de personas no únicamente como un delito sino, también, como una violación de derechos humanos.

Justo por la convivencia de estas dos perspectivas, es de provecho adentrarse en lo que supone que la trata de personas haya sido consagrada como una violación de derechos humanos. En concreto, dirigiendo el discurso a lo que aquí va a interesar, es importante que, con tal reconocimiento, se estará incluyendo su prohibición entre aquellas materias que caen bajo los sistemas de garantía internacional, universal o regional, de los derechos humanos. Guardando armonía con los ámbitos concernidos durante el progreso de este texto y con los que están por venir, se apuntará exclusivamente lo que esta inclusión aporta desde el sistema universal a través de la CEDAW y, por ahora, desde una perspectiva regional europea desde el Convenio de Varsovia.

Para proceder con esto, terminando de orientar la exposición hacia lo que se va a tratar, dos cuestiones de principio han de quedar dichas. Que la trata de personas sea considerada una violación de derechos humanos amparada por aquellos tratados internacionales supone que sobre sus Estados Miembros recaen obligaciones a su respecto. Que la trata de personas esté contenida en aquellos dos instrumentos supone que existen órganos de monitoreo expresamente previstos por ellos que vigilan el cumplimiento por parte de los Estados de aquellas obligaciones que les son exigibles. Ambas cuestiones, serán analizadas en los ámbitos respectivos de cada uno de los dos tratados internacionales. Antes de sumergir el discurso en ello, una breve aclaración se impone con respecto a la primera cuestión.

## 2. La *trata violación de derechos humanos*: obligaciones y responsabilidad para los Estados

Como es bien sabido, los Estados han de colmar obligaciones para dar satisfacción a los derechos humanos. De manera general, estas obligaciones se dividen frecuentemente en tres niveles, a saber, la obligación primaria de respetar, la obligación secundaria de proteger y la obligación terciaria de realizar el derecho.<sup>430</sup> Estas obligaciones, exigibles

---

<sup>430</sup> Esta es la clasificación original tripartita de las obligaciones de los Estados entre la *obligation to respect, to protect and to fulfil* presentada por Asbjorn Eide (U.N. ECOSOC. Commission on Human Rights. *Report of the Special Rapporteur Mr. Asbjørn Eide. Report on the right to adequate food as a human right*, 7 July 1987 (UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1987/23), párr. 112-114). Hay que destacar que otros

tanto en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales como en el de los derechos civiles y políticos,<sup>431</sup> suponen un mandato para los Estados obligados de, respectivamente, abstenerse de interferir directa o indirectamente con el disfrute de los derechos por parte de los individuos titulares; de impedir que terceras partes interfirieran en tal disfrute; y de adoptar las medidas necesarias para crear condiciones en las que

---

autores han señalado diferentes niveles de obligaciones. Así, por ejemplo, De Schutter explica que, al mismo tiempo que Eide, Henry Shue ofrecía una clasificación que no era intercambiable con la de aquel. Junto a la obligación de respetar y proteger, Shue incluiría una tercera “obligación de ayudar” que, a diferencia de la “obligación de realizar” el derecho, reconocería al titular del derecho como individuo al que en un primer lugar se le habría violado su derecho como consecuencia de la falla en la aplicación de las obligaciones de proteger y respetar, lo cual supondría el surgimiento de un correlativo deber del Estado de ayudar proporcionando una recuperación (De Schutter, *International Human Rights Law*, e-book, 33%- 280 y 281 of 1052). Sin embargo, la cuestión no queda ahí y como elabora Sepúlveda Carmona en su estudio, se han defendido otras diferencias entre las tipologías de obligaciones estatales impuestas por normas de derechos humanos (*Vid* M. Magdalena Sepúlveda Carmona, *The nature of the Obligations Under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. (Antwerpen-Oxford-New York: Intersentia, 2003): 157-170). A pesar de todo ello, en el breve apunte introducido en el texto principal de este trabajo se ha elegido la clasificación de Eide por su amplia aceptación. Así, por ejemplo, ésta será la clasificación adoptada por las *Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights* de 1997 – en su principio No. 6 –, las cuales complementan a los *Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* de 1986 (ambos en: U.N. ECOSOC. Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Right. Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights*. Geneva, 2000, (UN Doc. E/C.12/2000/13)) y que se ocupan de propugnar la importancia de los derechos económicos, sociales y culturales, de resaltar la existencia de responsabilidad por su vulneración y del derecho de las víctimas a una reparación efectiva (Para más información, *vid*. U.N. OHCHR. Economic, Social and Cultural Rights. *Handbook for National Human Rights Institutions*. Professional Training Series No. 12, (New York and Geneva, 2005), 7, 8 y 117-123. <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training12en.pdf> [Consultado el 20 de julio de 2017]).

<sup>431</sup> Esta aclaración se impone por cuanto en ocasiones se ha sostenido que los derechos económicos, sociales y culturales diferían de los civiles y políticos en que los primeros requerían la inversión de recursos por parte de los Estados mientras que los segundos no. Sin embargo, Eide aclara que la veracidad de tal afirmación no podría sostenerse. Sobre esto, el autor ha señalado que quienes mantienen este argumento se estarían basando en casos en los que se estaría mirando a los derechos económicos, sociales y culturales desde el nivel terciario – la obligación de realizar el derecho – y a los derechos civiles y políticos desde el nivel primario – obligación de respetar –. En esto, Eide resalta que tal elección de escenario es arbitraria y que, en realidad, no hay diferencia entre la naturaleza de las obligaciones que derivan de unos y otros derechos puesto que, algunos derechos civiles requerirán obligaciones de los Estados a todos los niveles y, de manera contraria, en muchos casos la mejor manera de salvaguardar los derechos económicos sociales y culturales será a través de la no-interferencia del Estado, respetando el derecho y el uso de los recursos que posee el individuo (U.N. ECOSOC. Commission on Human Rights. Report of the Special Rapporteur Mr. Asbjørn Eide, *Report on the right...*, (UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1987/23), párr. 115). En armonía con la afirmación de Eide, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas – órgano de monitoreo del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 –, ha destacado expresamente en su Comentario General No. 6 sobre “el Derecho a la Vida” que este derecho – derecho civil por excelencia – no supone para el Estado una mera conducta de abstenerse de interferir con su disfrute sino que, no pudiendo entenderse de manera restrictiva, requiere de la adopción de medidas positivas por parte de los Estados como, por ejemplo, el establecimiento de medidas para reducir la mortalidad infantil e incrementar la esperanza de vida, especialmente adoptando medidas para eliminar la malnutrición y las epidemias (U.N. Human Rights Committee, General Comment No. 6 - Article 6 (The right to life), Sixteenth session, 30 April 1982; párr. 5. En *International Human Rights Volume II Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies* (UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I)), pp. 176 y 177).



esos derechos puedan realizarse plenamente.<sup>432</sup> Sepúlveda Carmona ha explicado que estos tres niveles de obligaciones están interrelacionados y que el cumplimiento de todas ellas es necesario para conseguir una protección completa de un derecho contenido en un tratado de derechos humanos,<sup>433</sup> siendo por ello que se ha entendido que el fracaso en cumplir alguna de estas obligaciones constituiría una violación del derecho.<sup>434</sup>

Junto a las obligaciones que recaen sobre los Estados para dar satisfacción a un derecho humano, están presentes las reglas que determinan la responsabilidad del Estado. Es bien sabido que la Comisión de Derecho Internacional elaboró en el año 2001 los *Artículos sobre la Responsabilidad Internacional del Estado*. En los comentarios que los acompañan,<sup>435</sup> se remarca que hay que distinguir entre, de un lado, la función de las reglas primarias que definen el contenido de las obligaciones internacionales cuya violación dará lugar a la responsabilidad y, de otro lado, las reglas secundarias sobre responsabilidad del Estado que se concretan en las condiciones generales bajo el derecho internacional que regulan cuándo el Estado será considerado responsable.<sup>436</sup> En lo que aquí interesa, sólo es necesario indicar que para que nazca la responsabilidad del Estado deben darse unas condiciones generales que han sido consagradas en los Artículos sobre la Responsabilidad Internacional del Estado. El punto de partida es que “todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado genera su responsabilidad” – Artículo 1 –. Un hecho internacionalmente ilícito existirá “cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión” “sea atribuible al Estado bajo el derecho internacional” y “constituya una violación de una obligación internacional del Estado” – Artículo 2 –. La clave es, como se ve, que la conducta que transgrede la obligación pueda ser atribuible al Estado. Los comentarios que acompañan a aquellos artículos recuerdan que la regla general consiste en que la única conducta que puede ser

---

<sup>432</sup> U.N. ECOSOC. Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Maastricht Guidelines...*, principio No. 6, (UN Doc. E/C.12/2000/13).

<sup>433</sup> Sepúlveda, *The nature of the Obligations Under the International Covenant on Economic*, 170.

<sup>434</sup> U.N. ECOSOC. Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Maastricht Guidelines...*, principio No. 6, (UN Doc. E/C.12/2000/13).

<sup>435</sup> Vid “ILC’s Articles on State Responsibility”, en U.N. ILC. “State Responsibility”, *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II-Part 2. *Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-third session, 2001*: 20 – 143. (New York and Geneva, 2007). (UN Doc. A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2)). [http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc\\_2001\\_v2\\_p2.pdf](http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_2001_v2_p2.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017]

<sup>436</sup> Vid “Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts” en U.N. ILC. “State Responsibility”, párr. 1, p. 31.

atribuible al Estado a nivel internacional es la de sus órganos de gobierno u otros actuando bajo su dirección, instigación o control, *i.e.* como agentes del Estado. El corolario es que la conducta de las personas privadas no es como tal atribuible al Estado. Sin embargo, como matización, el Estado sí podrá ser responsable por los efectos de la conducta de personas privadas si falló en adoptar las medidas necesarias para prevenir tales efectos.<sup>437</sup>

Esto debe mantenerse presente a lo largo de la totalidad de este capítulo y del siguiente. Aquí se verá con más profundidad algo que comenzó a exponerse con ocasión del análisis del contenido del Protocolo de Palermo, esto es, cuál es el contenido de las obligaciones cuyo cumplimiento es exigible a los Estados en materia de trata de personas. Estas obligaciones, como se verá, una vez han sido vinculadas a instrumentos de protección de los derechos humanos alcanzan una nueva dimensión. Este descubrimiento de contenido llevará, asimismo, cuando corresponda, a revelar cuándo los Estados han sido considerados responsables por la violación de tales obligaciones.

### 3. La trata de personas como una violación de derechos humanos en la CEDAW

#### 3.1. El concepto originario de la trata combatida en la CEDAW

La primera referencia a la trata de personas en un tratado de derechos humanos de alcance universal vendría de la mano de su inclusión en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Con anterioridad se comentó que en el Artículo 6 de la CEDAW se impondría una obligación a sus Estados Parte en virtud de la cual estos deberán adoptar todos los tipos de medidas necesarias para suprimir todas las formas de la trata de mujeres y la explotación de la prostitución de aquellas.<sup>438</sup> Igualmente, se dijo que, si se atendía al tenor de este precepto, se vería sin dificultad cuál era la conceptualización originaria de esa trata a la que los Estados Parte tendrían la obligación de hacer frente, a saber, una trata que sólo recaería sobre mujeres y que, siguiendo el legado de la Convención de 1949, vendría en principio ligada al ejercicio de la prostitución. De hecho, se destacaba que, en coherencia con el consenso internacional vigente en aquel momento, el enunciado del nuevo precepto venía siendo prácticamente idéntico al del título de la Convención de 1949, de forma

---

<sup>437</sup> *Vid* “Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts” en U.N. ILC. “State Responsibility”, Part One, Chapter II, párr. 2, 3 y 4.

<sup>438</sup> En su tenor original: “States Parties shall take all appropriate measures, including legislation, to suppress all forms of traffic in women and exploitation of prostitution of women”.

que ambos expresaban la búsqueda de la represión de la trata y de la explotación de la prostitución.

No se puede alardear de haberse recurrido a un proceso de indagación profunda del pensamiento para llegar a concluir con que la introducción de la trata en un tratado internacional de derechos humanos dirigido a derrocar tipos de discriminación contra la mujer supone que, en un primer momento, a aquella se la consideraba como tal. Esto concretamente querría decir, que la trata de mujeres y la explotación de su prostitución se introducían allí porque ambas se considerarían ejercidas sobre las mujeres con motivo de su género y, como efecto, perjudicarían o anularían la posibilidad de disfrutar de sus derechos humanos en igualdad con los hombres.<sup>439</sup> Específicamente, dentro de los distintos posibles tipos de discriminación, la percepción de la trata que aquí primeramente se quería combatir era la de una trata concebida como violencia basada en el género. Definiéndola, el *Comité sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer* (el Comité CEDAW) diría, en su archiconocida Recomendación General No. 19, que la violencia contra la mujer es aquella dirigida contra la mujer por el hecho de ser mujer o que por ello le afecta desproporcionadamente, prosiguiendo a enumerar a la trata como una de las manifestaciones de violencia contra la mujer basada en el género recogidas entre los tipos de discriminación proscritos en la CEDAW.<sup>440</sup>

### 3.2. La implementación de la prohibición de la trata en la CEDAW

En el articulado de la CEDAW se dispone la creación del Comité CEDAW – Artículo 17 – y se le encomienda la labor de monitorizar los progresos que los Estados realicen en su implementación. Con la intención de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados se han establecido procedimientos a través de los cuales el Comité llevará a cabo aquella vigilancia sobre la actuación de los Estados. En concreto se prevén tres. La

---

<sup>439</sup> Siguiendo al Artículo 1 de la CEDAW: “For the purposes of the present Convention, the term **"discrimination against women"** shall mean any distinction, exclusion or restriction **made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women**, irrespective of their marital status, **on a basis of equality of men and women, of human rights** and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field” (Resaltado añadido).

<sup>440</sup> U.N. Comité CEDAW, Recomendación General No. 19: “The definition of discrimination includes gender-based violence, that is, violence that is directed against a woman because she is a woman or that affects women disproportionately. It includes acts that inflict physical, mental or sexual harm or suffering, threats of such acts, coercion and other deprivations of liberty.”, 1992, (UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II)), párr. 6).

bien conocida presentación de informes periódicos por parte de los Estados sobre la situación de los derechos contenidos en la CEDAW bajo su jurisdicción y las correlativas observaciones finales emitidas por el Comité sobre la suficiencia o insuficiencia de su implementación – Artículo 18 de la CEDAW –. El procedimiento de presentación de comunicaciones individuales por las presuntas víctimas de la violación de alguno de los derechos enunciados en la CEDAW perpetrada por el Estado bajo cuya jurisdicción se hallen – Artículo 2 del Protocolo Facultativo de la CEDAW –. Y, por último, la investigación de presuntas violaciones graves o sistemáticas de la Convención por un Estado Parte – Artículo 8 del Protocolo Facultativo de la CEDAW –. Como se verá, en materia de trata de personas, los dos primeros cobran relevancia puesto que el Comité, en su uso, ha vigilado el cumplimiento por parte de los Estados del mandato contenido en el Artículo 6 de la CEDAW.

### 3.2.1. Las observaciones finales del Comité CEDAW y la trata

Emitidas sobre los informes periódicos de los Estados Parte, las observaciones finales del Comité CEDAW muestran lo que desde el Artículo 6 de la CEDAW se les viene exigiendo para dar cumplimiento al mandato que les corresponde en materia de trata. Además de revelar cuál es el contenido de la obligación allí contenida, las observaciones finales ponen de relieve cuáles son las cuestiones comúnmente más desatendidas por los Estados cuando se ocupan de la implementación de aquella disposición. Ciertamente, ya se sabe que el tenor del Artículo 6 de la CEDAW impone a los Estados el deber de adoptar medidas para suprimir la trata de mujeres pero, más allá de nombrar a las medidas legislativas, no especifica cuáles son éstas. Es por ello que el Comité los guiará en su identificación y, como se entenderá con lo que viene, aunque el contenido de muchas medidas se demanda por igual a todos los países, otras tantas no se requieren de manera uniforme puesto que algunas responden a las circunstancias particulares confluyentes en un país determinado.

#### 3.2.1.1. La adopción de medidas legislativas para suprimir la trata

El primer aspecto que el Comité CEDAW tendrá en cuenta al valorar si un país dado cumple con los mandatos sobre la trata contenidos en el Artículo 6 de la CEDAW será el estado de su ordenamiento jurídico nacional. La obligación de adoptar legislación para suprimir la trata es la única medida expresamente contenida en aquella disposición. Ésta, en su composición, engloba diferentes facetas. La primera y fundamental es la

necesaria ratificación o adhesión del Estado a los instrumentos internacionales que lideran la lucha contra la trata. Así, por ejemplo, en el 2012 el Comité mostraba su preocupación ante la inactividad de Samoa que no había ratificado ningún tratado internacional en la materia, por lo cual llamaría a este Estado a implementar el Artículo 6 de la CEDAW ratificando, por lo menos, el Protocolo de Palermo.<sup>441</sup> Siendo ésta la condición base del cumplimiento de aquella obligación, se explica por qué el Comité celebra visiblemente cuando el volumen de ratificaciones o adhesiones de un Estado a los instrumentos internacionales pertinentes – internacionales o regionales – es alto.<sup>442</sup> Cumplidos estos básicos, la satisfacción del mandato contenido en la CEDAW requerirá que en el ordenamiento jurídico nacional se adopte legislación específica para combatir la trata. Sobre esto, no bastará cualquier tipo de legislación sino que, tal y como destacó el Comité en las observaciones finales sobre España, en el año 2015, la legislación adoptada en materia de trata debe ser comprehensiva, lo cual requiere que en ésta se incluya una perspectiva de género y una definición acorde a los estándares internacionales.<sup>443</sup> Con definición acorde a los estándares internacionales, se refiere, siguiendo lo subrayado expresamente a Costa Rica, a que la misma sea conforme con la definición consagrada en el Protocolo de Palermo.<sup>444</sup> Satisfechas estas exigencias, el contenido de la obligación necesita recorrer un último estadio para terminar de perfilarse. La regulación no sólo debe incluir determinado contenido sino que éste debe implementarse para hacerse efectivo. A este respecto, el Comité comentaba en el año 2012, al analizar la situación de la legislación sobre la trata de personas en Bahamas que aunque la promulgación de una ley sobre la trata es aplaudible no lo es, en cambio, la ausencia de su implementación efectiva, la cual ocurre cuando desde su entrada en vigor – en aquel caso cinco años antes del informe – no se han enjuiciado casos de trata ante los tribunales y no se han concretado políticas y programas dirigidos a prevenir la trata y proteger y asistir a sus víctimas.<sup>445</sup> En aquel mismo año, en las observaciones sobre la situación en Jamaica, el Comité habría dado constancia de la ineffectividad de la ley nacional contra la trata al detectar la oposición presente entre, de un lado, las informaciones existentes sobre el alto número de casos de trata transnacional e interna y

---

<sup>441</sup> Concluding Observations CEDAW, Samoa, 2012, (UN Doc. CEDAW/C/WSM/CO/4-5), párr. 24 y 25.

<sup>442</sup> Concluding Observations CEDAW, Bulgaria, 2012, (UN Doc. CEDAW/C/BGR/CO/4-7), párr. 7; C.O. CEDAW, Indonesia, 2012, (UN Doc. CEDAW/C/IDN/CO/6-7), párr. 6.

<sup>443</sup> Concluding Observations CEDAW, España, 2015, (UN Doc. CEDAW/C/ESP/CO/7-8), párr. 22 y 23.

<sup>444</sup> Concluding Observations CEDAW, Costa Rica, 2017, (UN Doc. CEDAW/C/CRI/CO/7), párr. 20 (b).

<sup>445</sup> Concluding Observations CEDAW, Bahamas, 2012, (UN Doc. CEDAW/C/BHS/CO/1-5), párr. 25 (a) y (b).

de la explotación sexual de las mujeres y de las niñas, y, de otro lado, las bajas cifras de enjuiciamientos y condenas de los perpetradores.<sup>446</sup> De manera similar, en el caso de Nueva Zelanda se ponía de relieve que desde la entrada en vigor de la legislación específica sobre trata, hacía ya tres años, no se había ni enjuiciado ni condenado, preocupando al Comité que el motivo fuera la falta de conocimiento y de concienciación de la amenaza de la trata y de la explotación y ello, particularmente, porque junto a esta inactividad contrastaban las informaciones sobre la existencia de trata de mujeres y niñas migrantes, incluyendo las novias “por catálogo” o “por internet”.<sup>447</sup> Además de en estos casos, el Comité señala, con ocasión del examen de México, que la ineffectividad en la ley puede generarse en Estados de estructura federal en los que la tipificación del delito de trata a nivel estatal no es uniforme lo que se traduce en la existencia de definiciones y sanciones distintas. Ante tales supuestos, asegurar una implementación efectiva de la ley requerirá de una armonización de la legislación en los niveles estatal y federal asegurando una adecuada asignación de recursos para su aplicación.<sup>448</sup> En este mismo sentido, en Argentina, la falta de armonización entre la legislación federal y provincial que criminaliza la trata con fines de trabajo y prostitución forzosos habría causado dificultades, particularmente retrasos, en el enjuiciamiento y condena de los tratantes.<sup>449</sup> Junto a todo esto, además y por último, el examen de la legislación de los Emiratos Árabes añadirá otro posible motivo de ineficacia de la ley existente, el cual acontecerá cuando a pesar de que el ordenamiento jurídico nacional criminalice la trata, las penas previstas sean notablemente insuficientes atendiendo a la gravedad del crimen.<sup>450</sup>

### 3.2.1.2. La adopción de otras medidas apropiadas para suprimir la trata

Aunque la obligación de adoptar legislación para suprimir la trata es la única medida expresamente contenida en el Artículo 6 de la CEDAW esto no debe limitar el entendimiento de su mandato a tales términos. En aquel precepto se previó que, en añadidura, los Estados Parte debían adoptar *todas las medidas apropiadas*. Esto es coherente con el hecho de haber incluido a la prohibición de la trata en un tratado de

<sup>446</sup> Concluding Observations CEDAW, Jamaica, 2012, (UN Doc. CEDAW/C/JAM/CO/6-7), párr. 23.

<sup>447</sup> Concluding Observations CEDAW, Nueva Zelanda, 2012, (UN Doc. CEDAW/C/NZL/CO/7), párr. 26.

<sup>448</sup> Concluding Observations CEDAW, México, 2012, (UN Doc. CEDAW/C/MEX/CO/7-8), párr. 13, 20 y 21 (a).

<sup>449</sup> Concluding Observations CEDAW, Argentina, 2016, (UN Doc. CEDAW/C/ARG/CO/7), párr. 22 (b).

<sup>450</sup> Concluding Observations CEDAW, Emiratos Árabes, 2015, (UN Doc. CEDAW/C/ARE/CO/2-3), párr. 31.

derechos humanos de manera que se entiende que, bajo su manifestación de violación de derechos humanos, recaen obligaciones sobre los Estados de respetar, proteger y realizar el derecho. En el ámbito específico de la trata, la mencionada Recomendación General No. 19 del Comité CEDAW ofrecería, ya en el año 1992, orientación a los Estados para que entendieran por dónde iban los tiros. En ella, el Comité recomendaba la adopción de medidas preventivas y punitivas de la trata y de rehabilitación y protección de las mujeres víctimas, e instaba a los Estados a describir en sus informes la extensión del problema, las medidas adoptadas y su efectividad.<sup>451</sup> Un somero vistazo al resultado que arrojan algunas observaciones finales del Comité muestra qué ha dado todo esto en la práctica en cuanto a las medidas a adoptar, a la identificación de malas prácticas o a las insuficiencias en la implementación del Artículo 6 de la CEDAW.

#### 3.2.1.2.1. Sobre los destinatarios de las medidas a adoptar por los Estados Parte de la CEDAW

Una aclaración de principio se impone. La CEDAW ha sido concebida para eliminar formas de discriminación contra la mujer y, en la medida en que incluye a la prohibición de la trata en su articulado, entiende que ésta posee una perspectiva de género que requiere ser atendida. Esto no quiere decir, sin embargo, que al Comité le preocupe únicamente la lucha de la trata cuando afecta a las mujeres o cuando se dirige a la explotación de la prostitución. Como se ha visto con respecto a la obligación de dotarse de legislación efectiva para combatir la trata, la regulación a adoptar ha de seguir los estándares internacionales y en ellos lidera la definición consagrada en el Protocolo de Palermo en la que – esto ya se sabe – la violación de derechos puede dirigirse contra una pluralidad de sujetos pasivos y contra una pluralidad de finalidades de explotación. Igualmente, como se verá un poco más abajo al comentar las comunicaciones individuales, el Comité considera que las medidas de asistencia y protección contenidas en aquel mismo instrumento internacional son las que los Estados deben aplicar. De hecho, sin ir más lejos, el propio trabajo del Comité CEDAW en sus observaciones finales muestra con claridad esta preocupación por las víctimas de trata en general ante cualquier tipo de explotación, promoviendo a su vez siempre, como le corresponde, un enfoque de género. Por ejemplo, en las observaciones finales sobre la situación en Costa Rica, en el año 2017, el Comité mostraba su preocupación por el hecho de que éste sea

---

<sup>451</sup> U.N. Comité CEDAW. Recomendación General No. 19, *La violencia contra la mujer*, 1992, (UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II)), párr. 24 letras (g) y (h).

un país de origen, tránsito y destino de la trata de personas – en general – y, a su vez, por la intensificación del riesgo de la trata con fines de explotación sexual sobre las mujeres – en particular – y – también – los niños en las zonas costeras del Pacífico, sobre las personas transexuales y sobre las mujeres y niñas migrantes.<sup>452</sup> Añadiendo peso a lo anterior, otras observaciones muestran, a su vez, cómo el Comité no se limita a asegurar que se combata la trata exclusivamente en los términos descritos inicialmente en el Artículo 6 de la CEDAW. Así, en consonancia con los estándares internacionales, en el examen de Italia del año 2017 el Comité recomendará una lucha en términos más amplios sugiriendo el combate de “otras formas de prácticas de explotación relacionadas a la trata”, enumerando en particular a la explotación sexual, al trabajo forzoso, a la servidumbre y a – dirá – las formas modernas de esclavitud.<sup>453</sup>

#### 3.2.1.2.2. Sobre la ausencia de datos sobre la trata

La insuficiencia de información sobre la magnitud de la trata es generalizada. En las observaciones finales sobre Alemania, en el año 2017, el Comité ha puesto de relieve la ausencia de datos separados en cuanto a las víctimas y en cuanto a la extensión de la trata en el Estado y ello, particularmente, cuando entran en juego finalidades diferentes a la explotación sexual.<sup>454</sup> En el mismo periodo, se ha resaltado sobre la situación de Italia la falta de datos suficientes sobre las víctimas de la trata desagregados por sexo, edad y nacionalidad.<sup>455</sup> Esto supone que, como apunta la aclaración del sub-apartado anterior, la CEDAW, en su búsqueda por asegurar la eliminación de la trata como forma de discriminación contra la mujer, promueve a su vez su combate global que, sin embargo, se centrará y pondrá particular énfasis en las necesidades que demanda el afrontamiento de una manifestación de violencia de género. Será por ello que, junto a la señalada falta de datos de carácter general, sobre todas las víctimas y sobre otros tipos de explotación, el Comité requiere expresamente que se junten en compendio informaciones sobre el alcance y las formas de la trata de mujeres y niñas agrupadas, entre otros, por edad y región. En el caso concreto de Bután, en el año 2016, el Comité recomendaría que incluyera, en la recolección de datos sobre la explotación, un análisis sobre los aspectos de género presentes en el reclutamiento y en la

---

<sup>452</sup> Concluding Observations CEDAW, Costa Rica, 2017, (UN Doc. CEDAW/C/CRI/CO/7), párr. 20 (a).

<sup>453</sup> Concluding Observations CEDAW, Italia, 2017, (UN Doc. CEDAW/C/ITA/CO/R.7), párr. 30 (e).

<sup>454</sup> Concluding Observations CEDAW, Alemania, 2017, (UN Doc. CEDAW/C/DEU/CO/7-8), párr. 29 (a).

<sup>455</sup> Concluding Observations CEDAW, Italia, 2017, (UN Doc. CEDAW/C/ITA/CO/R.7), párr. 29 (c).



explotación de las mujeres y de las niñas.<sup>456</sup> Asimismo, un año después, de manera más exhaustiva, solicitaría a Níger que recopilara sistemáticamente datos sobre la explotación de la prostitución y la trata de mujeres y niñas incluyendo el número de investigaciones, de procesamientos, de condenas y de sentencias impuestas a los perpetradores.<sup>457</sup>

La habitual llamada del Comité CEDAW a colmar la laguna existente en cuestión de datos pone de relieve que, como ya ha sido apuntado en otro lado, la magnitud de la trata – en lo general o en lo particular – se desconoce. Y, de hecho, se hace difícil de conocer ante posturas, como la de Cuba, donde directamente el Estado no reconoce que en su país exista la explotación y, por ende, no habría datos que recoger, ni protección o asistencia que prestar.<sup>458</sup>

### 3.2.1.2.3. Sobre la asistencia, protección e identificación de víctimas

Ya se ha dicho y ya se sabe que los Estados en el ámbito de los derechos humanos tienen la obligación de proteger y que bajo el Artículo 6 de la CEDAW esto toma el cariz particular de proteger a las víctimas de la trata y de la explotación de la prostitución, con atención particular a las mujeres. Este mandato que, en intención, parece claro es, sin embargo, objeto de preocupación habitual para el Comité en cuanto a su implementación por los Estados. Dos cuestiones fundamentales requieren atención sobre este asunto.

Por un lado, el Comité ha alertado sobre una mala práctica habitual consistente en ofrecer asistencia y protección a las víctimas de manera condicionada. A este respecto, por ejemplo, el actuar de Alemania y Rumanía ha sido reprobado por el Comité en el año 2017 al observar que tanto el suministro de asistencia y protección a las víctimas de la trata como la concesión de residencia temporal para aquellas que son mujeres migrantes, se condiciona a su voluntad de colaborar con la policía y con las autoridades judiciales. Como reacción, el Comité ha recordado que el acceso a albergues, asistencia médica y psicológica, y el acceso a permisos de residencia temporales no pueden depender de la voluntad de la víctima de cooperar con las autoridades en el

---

<sup>456</sup> Concluding Observations CEDAW, Bután, 2016, (UN Doc. CEDAW/C/BTN/CO/8-9), párr. 21 (b).

<sup>457</sup> Concluding Observations CEDAW, Níger, 2017, (UN Doc. CEDAW/C/NER/CO/3-4), párr. 25 (f).

<sup>458</sup> Concluding Observations CEDAW, Cuba, 2013, (UN Doc. CEDAW/C/CUB/CO/7-8), párr. 26.

enjuiciamiento de los tratantes.<sup>459</sup> Por otro lado, el Comité ha subrayado, con ocasión de las observaciones finales a Barbados, la necesidad de que las medidas de asistencia y protección sean sensibles al género y reciban fondos. La creación de albergues y centros de crisis, de programas de reintegración y de oportunidades generadoras de ingresos deben ser específicos para las mujeres e, igualmente, deben establecerse programas que permitan salir de la prostitución a aquellas mujeres que así lo deseen.<sup>460</sup>

#### 3.2.1.2.4. Sobre la capacitación y la concienciación sobre la trata

La recomendación del Comité de adoptar medidas de capacitación supone promover la aptitud entre los diferentes agentes susceptibles de entrar en contacto con las víctimas y situaciones de trata para lidiar con ella en el ámbito de sus competencias. La correcta capacitación viene en gran parte ligada al suministro de asistencia y protección a las víctimas puesto que, la concesión de esta última, dependerá de que los actores correspondientes hayan sido capaces de identificarlas previamente.

Mostrando este vínculo entre capacitación y protección, el Comité recomendó a Irlanda que fortaleciera la colaboración del Estado con las organizaciones no gubernamentales, también mediante financiación, para asegurar que las víctimas de la trata eran identificadas en una etapa temprana y, consecuentemente, protegidas con presteza.<sup>461</sup> Poniendo de relieve la importancia de esta cuestión, Tailandia ha sido instada a elaborar guías para la identificación de las víctimas buscando que otros actores, como la policía, puedan llevar a cabo identificaciones tempranas permitiendo derivar a las víctimas a los servicios apropiados.<sup>462</sup> A su vez, cumplir con el mandato de identificar correctamente a las víctimas va a requerir que se localicen los específicos canales susceptibles de mover flujos de trata de personas. Sobre esto, por ejemplo, se ha insistido a Italia para que sus mecanismos de detección temprana y la correspondiente derivación a asistencia y protección tengan en cuenta la llegada de potenciales víctimas por mar. A este respecto, el Comité enfatiza que la correcta identificación no es un asunto de poca importancia puesto que de no llevarse a cabo pueden desprenderse consecuencias negativas como la consideración de las víctimas como delincuentes o

---

<sup>459</sup> Concluding Observations CEDAW, Alemania, 2017, (UN Doc. CEDAW/C/DEU/CO/7-8), párr. 29 (d); C.O. CEDAW, Rumanía, 2017, (UN Doc. CEDAW/C/ROU/CO/7-8), párr. 20 (d) y 21 (d).

<sup>460</sup> Concluding Observations CEDAW, Barbados, 2017, (UN Doc. CEDAW/C/BRB/CO/5-8), párr. 26 (e).

<sup>461</sup> Concluding Observations CEDAW, Irlanda, 2017, (UN Doc. CEDAW/C/IRL/CO/6-7), párr. 31 (b).

<sup>462</sup> Concluding Observations CEDAW, Tailandia, 2017, (UN Doc. CEDAW/C/THA/CO/6-7), párr. 25 (b).

como migrantes en situación irregular.<sup>463</sup> Mostrando la consecuencia de tal mal hacer, las observaciones sobre Jordania revelan que la falta de mecanismos adecuados de identificación ha ocasionado que víctimas de trata sean arrestadas, detenidas y deportadas por actos cometidos a consecuencia de ser tratadas. En particular, no es único este caso en el que las mujeres víctimas de trata con fines de explotación en la prostitución son consideradas delincuentes bajo el ordenamiento jurídico del Estado en el que han sido explotadas.<sup>464</sup>

Una correcta capacitación supone, como ha puesto de relieve el Comité en las observaciones a Rumanía, que la policía y los inspectores de trabajo de las compañías privadas y de la industria del sexo sean entrenados para detectar e intervenir en casos de trata, estos últimos, por ejemplo, llevando a cabo inspecciones de trabajo sin previo aviso en lugares de trabajo como empresas textiles o sobre trabajadores domésticos y agencias de reclutamiento. El Comité resalta que la capacitación ha de ir de la mano de la concienciación cuando, como en este caso, ni jueces ni policías entienden a la explotación de las mujeres en la prostitución como un delito.<sup>465</sup> La lista de personas que requieren capacitación es amplia. Junto a los mencionados, la enumeración comprende a fiscales, guardas fronterizos, trabajadores sociales y trabajadores de la salud, pudiendo ser todos ellos agentes clave en la pronta derivación de las víctimas de trata a los servicios sociales apropiados. Promoviendo las particularidades de su mandato, el Comité recuerda que es primordial que estos actores lidien con las víctimas en forma sensitiva al género. Con este fin se ha recomendado a Barbados que cree protocolos para el tratamiento de las víctimas que vengan enfocados bajo una perspectiva de género o, igualmente, se ha recordado a Costa Rica, que la capacitación de jueces, fiscales y policía ha de prepararlos para que investiguen de manera efectiva los casos de trata y explotación de la prostitución siguiendo una aproximación de género.<sup>466</sup>

Junto a estos mandatos sobre capacitación se promueve la idea de concienciación. Por esta noción se busca que los Estados fomenten la sensibilización sobre el problema

---

<sup>463</sup> Concluding Observations CEDAW, Italia, 2017, (UN Doc. CEDAW/C/ITA/CO/R.7), párr. 30 (c) y 29 (c).

<sup>464</sup> Concluding Observations CEDAW, Jordania, 2017, (UN Doc. CEDAW/C/JOR/CO/6), párr. 35 (d) y 36 (f).

<sup>465</sup> Concluding Observation CEDAW, Rumanía, 2017, (UN Doc. CEDAW/C/ROU/CO/7-8), párr. 20 (c) y (e).

<sup>466</sup> Concluding Observations CEDAW, Barbados, 2017, (UN Doc. CEDAW/C/BRB/CO/5-8), párr. 26 (b); C.O. CEDAW, Costa Rica, 2017, (UN Doc. CEDAW/C/CRI/CO/7), párr. 21 (c); C.O. CEDAW, Rumanía, 2017, (UN Doc. CEDAW/C/ROU/CO/7-8), párr. 21 (c).

de la trata a diferentes niveles. En concreto, bajo esta figura, la cuestión no se limita a hacer conocedores a los actores implicados ya mencionados, sino que busca visibilizar a la trata en la sociedad. Para ello, el Comité, por ejemplo, ha instado a Micronesia a aplicar medidas para aumentar la concienciación pública sensibilizándolos sobre la naturaleza criminal de la trata y de la explotación de la prostitución. Participando del mismo fin, recomendaría a Ruanda la implementación de campañas de concienciación sobre los riesgos de la trata con el propósito de hacer conocedoras a potenciales víctimas.<sup>467</sup>

#### 3.2.1.2.5. Sobre la detección de grupos y situaciones vulnerables

Prevenir que la trata ocurra es uno de los pilares fundamentales de su combate, una de las 3Ps en las que se estructura su afrontamiento más clásico. Las medidas de prevención requieren hacer frente a aquellos escenarios que hacen a las personas vulnerables a la trata. El desconocimiento es, desde luego, uno de estos escenarios, y de ahí que el Comité recomiende a los Estados, como se vio en el caso de Ruanda, que conciencien a potenciales víctimas de los riesgos de la trata. Como fue comentado muy al principio, la detección de estas potenciales víctimas, va a requerir que los países localicen a las situaciones y a los grupos vulnerables con vistas a adoptar medidas de prevención sobre ellos (*vid ut supra* apdo. 3.3.4.3. Capítulo I).

A este respecto, el Comité recomendó a Italia que adoptara medidas para hacer frente a situaciones como la pobreza o a la alta tasa de desempleo entre mujeres y niñas puesto que generan su vulnerabilidad y se presentan como causas fundamentales – *root causes* – de la trata.<sup>468</sup> Asimismo, Rumanía debe priorizar las medidas dirigidas a mejorar la situación social y económica de las mujeres. Entre ellas, incluye a grupos que allí son particularmente vulnerables como las mujeres romaníes, las campesinas, las mujeres discapacitadas y las trabajadoras migrantes indocumentadas.<sup>469</sup> De manera similar, en Montenegro se requiere atención sobre grupos estigmatizados y marginalizados como las mujeres romaníes, las ashkali, las egipcias, las mujeres refugiadas, las solicitantes de asilo o aquellas internamente desplazadas.<sup>470</sup> Es así que

---

<sup>467</sup> Concluding Observations CEDAW, Micronesia, 2017, (UN Doc. CEDAW/C/FSM/CO/1-3), párr 28; C.O. CEDAW, Ruanda, 2017, (UN Doc. CEDAW/C/RWA/CO/7-9), párr. 26.

<sup>468</sup> Concluding Observations CEDAW, Italia, 2017, (UN Doc. CEDAW/C/ITA/CO/R.7), párr. 30 (i).

<sup>469</sup> Concluding Observations CEDAW, Rumanía, 2017, (UN Doc. CEDAW/C/ROU/CO/7-8), párr. 20 (a) y 21 (a).

<sup>470</sup> Concluding Observations CEDAW, Montenegro, 2017, (CEDAW/C/MNE/CO/2), párr. 24 (b).

cada Estado deberá hacer frente a sus particularidades internas. Por ejemplo, Micronesia deberá enfrentar que la explotación de la prostitución de las mujeres está vinculada a la industria pesquera extranjera, lo que requiere medidas para desincentivar la demanda.<sup>471</sup> O, finalmente, en Ucrania, el creciente desempleo, la corrupción, la disminución de los niveles de vida y la crisis, crean condiciones favorables para lo que el Comité ha calificado como una “situación alarmante de trata generalizada”, lo cual demanda del Estado el fomento de la educación y oportunidades económicas para las mujeres y sus familias con vistas a reducir su vulnerabilidad a la explotación por los tratantes.<sup>472</sup>

#### 3.2.1.2.6. Sobre la implicación de los funcionarios públicos en la trata

A raíz del examen de la situación reinante en los Estados Parte de la CEDAW, el Comité ha requerido a los Estados la adopción de medidas dirigidas a lidiar con la implicación de los funcionarios públicos en la trata de personas. En concreto, las informaciones revelan cómo, en países como Argentina, se han detectado supuestos en los que funcionarios públicos son cómplices en casos de trata con fines de explotación sexual y de la explotación de la prostitución.<sup>473</sup> Asimismo, se ha alertado de la situación en Rumanía donde la ausencia de investigaciones contra los funcionarios públicos involucrados en casos de trata va de la mano con el bajo número de denuncias como consecuencia del miedo a las repercusiones sobre las víctimas y los testigos.<sup>474</sup> Ante este tipo de realidades, el Comité recomendó, con ocasión de las observaciones sobre Rumanía y Tailandia, la adopción de una serie de medidas que logren garantizar el anonimato y la protección de las víctimas de la trata y de los testigos, que permitan investigar las informaciones sobre la presunta participación de los funcionarios públicos y que aseguren el enjuiciamiento y el castigo adecuados de la corrupción y de la complicidad en los casos de trata de personas.<sup>475</sup>

#### 3.2.1.2.7. Sobre la postura del Comité CEDAW en cuanto a la prostitución

En otra parte se vio que la situación de la prostitución en los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales a lo largo y ancho del globo es variopinta. Sobre esta cuestión, es

---

<sup>471</sup> Concluding Observations CEDAW, Micronesia, 2017, (UN Doc. CEDAW/C/FSM/CO/1-3), párr 29 (c).

<sup>472</sup> Concluding Observations CEDAW, Ucrania, 2017, (CEDAW/C/UKR/CO/8), párr 31 (c).

<sup>473</sup> Concluding Observations CEDAW, Argentina, 2016, (UN Doc. CEDAW/C/ARG/CO/7), párr. 22 (d).

<sup>474</sup> Concluding Observations CEDAW, Rumanía, 2017, (UN Doc. CEDAW/C/ROU/CO/7-8), párr. 20 (b).

<sup>475</sup> Concluding Observations CEDAW, Tailandia, 2017, (UN Doc. CEDAW/C/THA/CO/6-7), párr. 24 (c); C.O. CEDAW, Rumanía, 2017, (UN Doc. CEDAW/C/ROU/CO/7-8), párr. 21 (b).

interesante considerar en qué se concreta la postura que promueve la CEDAW. De las recomendaciones que emite el Comité en sus observaciones finales se extrae que se persigue la despenalización de las mujeres que ejercen la prostitución.<sup>476</sup> Acorde con esta postura, preocupará el posicionamiento de ordenamientos jurídicos como el de Montenegro en el que las prostitutas son multadas o encarceladas y frecuentemente separadas de sus hijos,<sup>477</sup> o el de los Emiratos Árabes donde las mujeres en la prostitución son criminalizadas a través de un precepto de su código penal que castiga las relaciones sexuales consensuadas entre adultos fuera del matrimonio y que impone a las mujeres penas de prisión, tortura o pena de muerte, incluyendo trato cruel, inhumano y degradante en la forma de lapidaciones o flagelaciones.<sup>478</sup> El Comité promueve la protección de las mujeres en la prostitución la cual requiere adoptar medidas contra la violencia basada en el género y medidas que les aseguren acceso a cuidados de su salud y a protección social. A esto se añade la elaboración de programas que permitan a las mujeres que lo deseen abandonar la prostitución, lo cual debe acompañarse de la previsión de oportunidades que les generen ingresos, y la desincentivación de la demanda de la prostitución a través de campañas de concienciación y educación dirigidas al público, particularmente al masculino, concentradas en especial en desmontar las ideas de subordinación y de cosificación de la mujer.<sup>479</sup> A este último respecto, sobre la demanda de prostitución, el Comité ha dejado clara su postura con ocasión de las observaciones sobre Finlandia y Suecia cuando, en cuanto al primer Estado, en el año 2014, le instaba a adoptar pasos para penalizarla y desalentarla y, en cuanto al segundo, en el año 2016, le felicitaba por haber logrado la reducción de la prostitución ejercida en la calle en un 50% desde que su ordenamiento jurídico prohibiera la compra de servicios sexuales.<sup>480</sup>

### 3.2.2. Las comunicaciones individuales al Comité CEDAW y la trata

Más arriba se introdujo que en virtud de este procedimiento, cuando una persona o un grupo de personas sean víctimas de la violación de alguno de los derechos reconocidos

<sup>476</sup> Concluding Observations CEDAW, Rumanía, 2017, (UN Doc. CEDAW/C/ROU/CO/7-8), párr. 22.

<sup>477</sup> Concluding Observations CEDAW, Montenegro, 2017, (CEDAW/C/MNE/CO/2), párr. 26.

<sup>478</sup> Concluding Observations CEDAW, Emiratos Árabes, 2015, (UN Doc. CEDAW/C/ARE/CO/2-3), párr. 29.

<sup>479</sup> Concluding Observations CEDAW, Irlanda, 2017, (UN Doc. CEDAW/C/IRL/CO/6-7), párr. 33 (b); C.O. CEDAW, Costa Rica, 2017, (UN Doc. CEDAW/C/CRI/CO/7), párr. 22 y 23; C.O. CEDAW, Ruanda, 2017, (UN Doc. CEDAW/C/RWA/CO/7-9), párr. 29.

<sup>480</sup> Concluding Observations CEDAW, Finlandia, 2014, (UN Doc. CEDAW/C/FIN/CO/7), párr. 21 (d); C.O. CEDAW, Suecia, 2016, (UN Doc. CEDAW/C/SWE/CO/8-9), párr. 28.

en la CEDAW por el Estado Parte bajo cuya jurisdicción se hallen, podrán presentar una comunicación individual ante el Comité. Como inciso formal a añadir, es conveniente saber que el Estado deberá ser a su vez parte del Protocolo Facultativo de la CEDAW para poder recurrirse a él. Hasta la fecha, el Comité sólo ha resuelto dos comunicaciones individuales que alegaban una violación del Artículo 6 de la CEDAW por un Estado Parte, una en el año 2007 y otra en el 2012. De ellas, solo la primera versaría sobre un caso de trata. Es por ello que un examen de la segunda – la *Comunicación No. 39/2012, N. c. Los Países Bajos* –<sup>481</sup> no vendrá aquí al caso puesto que, además de haberse declarado en ella inadmisibile la aplicabilidad del Artículo 6 de la CEDAW, no es de relevancia para un análisis sobre cuestiones asociadas a la trata.

*La Comunicación No. 15/2007, Ms. Zhen Zhen Zheng c. Los Países Bajos*<sup>482</sup>

La autora de la comunicación, la Srta. Zhen Zhen Zheng de nacionalidad china y menor en el momento en el que ocurren los hechos, habría sido tratada para explotarla en la prostitución desde su país originario hasta los Países Bajos. Tras escapar solicitará asilo que le será denegado estimándose que no corría riesgo si volvía a China. Posteriormente solicitará la residencia. En el tiempo de la comunicación, debido a la denegación de su solicitud de residencia, Zheng habría hecho petición de revisión judicial, la cual se encontraba pendiente. Como resultado del procedimiento interno, la autora mantendría que el Estado habría violado el Artículo 6 de la CEDAW al haber fallado en protegerla como víctima de la trata. Los Países Bajos cuestionarían la admisibilidad de la comunicación alegando que los recursos internos no habían sido agotados. Sobre todo esto, el Comité, no llegará a examinar el fondo, y estimará que Zheng debió apelar el procedimiento de asilo y esperar a la resolución de la revisión de su solicitud de residencia. Por ello, concluirá con que, siguiendo al Comité de Derechos Humanos, la simple duda acerca de la eficacia de los recursos no exime a un individuo de agotar las vías internas disponibles, por lo cual la comunicación debía considerarse inadmisibile. Este desenlace, sin embargo, no sería pacífico y vendría acompañado de voces disidentes que en su oposición ponen de relieve algunos hechos de relevancia.

En concreto, tres miembros del Comité, Mary Shanthi Dairiam, Violeta Neubauer y Silvia Pimentel, presentarían una opinión individual que disidía de la decisión emitida

---

<sup>481</sup> Communication No. 39/2012, *N. v. The Netherlands* (UN Doc. CEDAW/C/57/D/39/2012).

<sup>482</sup> Communication No. 15/2007, *Ms. Zhen Zhen Zheng v. The Netherlands* (UN Doc. CEDAW/C/42/D/15/2007).

por el Comité. Bajo su criterio, la comunicación sí sería admisible al considerar que la queja giraba en torno a la trata a la que había sido sometida y que ni el procedimiento de asilo ni el del permiso de residencia eran relevantes puesto que se habían iniciado sobre bases diferentes a la trata. Sobre esto argumentarían que lo importante era que al Estado le incumbía la protección de las víctimas de trata y debía, a su vez, tener oficiales de policía entrenados para identificarlas e informarlas de las vías adecuadas para solicitar protección. Entenderían que en el contacto de Zheng con las autoridades había indicios suficientes para identificársela como posible víctima de trata bajo la definición del Protocolo de Palermo y que la falta de reconocimiento como tal se habría debido a que las autoridades no actuaron con la diligencia debida. La consecuencia de esta actuación habría sido la no aplicación de las medidas de protección correspondientes establecidas en el Artículo 6 del Protocolo de Palermo. A esto añadirían que, en las observaciones finales a los Países Bajos del año 2007, el Comité había exhortado al Estado a proporcionar las prestaciones necesarias a las víctimas de la trata de personas por el hecho de serlo. Por todo ello consideraban que la conducta del Estado habría fallado en cumplir con sus obligaciones, violando el Artículo 6 de la CEDAW y que, por esto, debía adoptar los pasos necesarios para determinar si la autora era una víctima de la trata y, en tal caso, proporcionarle la protección requerida bajo el mandato del Protocolo de Palermo en su Artículo 6.

A raíz del resultado de esta comunicación, tres apreciaciones de interés deben hacerse. La primera supone que aquí se ha mostrado – aunque de forma somera y con motivo de una opinión disidente – la relación entre una obligación atribuible al Estado en materia de trata – la obligación de identificar a las víctimas ante indicios suficientes y de protegerlas – y el consecuente surgimiento de responsabilidad del Estado cuando su incumplimiento le es atribuible – las autoridades ni identificaron ni protegieron a la víctima cuando debían y por ello la obligación principal del Artículo 6 CEDAW ha sido violada –. La segunda – sobre esto ya algo se adelantó – implica que, en el ámbito de la CEDAW, rige una noción y un afrontamiento de la trata acorde con los estándares internacionales en la materia, a saber, con el Protocolo de Palermo. Esto lleva, tal y como se acaba de ver, a que las medidas allí consagradas sean las que el Comité requiere a los Estados en virtud del Artículo 6 de la CEDAW, lo que viene a significar que a través de sus funciones de monitorización, al vigilar la implementación de esta disposición de la Convención, el Comité está asegurando la ejecución del Protocolo de



Palermo en los Estados Miembros de la CEDAW. La tercera pone de relieve la conexión que mantienen las dos funciones de vigilancia del cumplimiento de la Convención ejercidas por el Comité. En concreto, se ha visto que las observaciones finales gozarían de un valor añadido ya que, junto a su función principal vinculada a los informes periódicos de los Estados, se utilizan como un antecedente útil para valorar hechos posteriores con ocasión del análisis del caso en las comunicaciones individuales.

### 3.3. Sobre las especificidades de la lucha contra la trata en la CEDAW

La perspectiva seguida por la CEDAW en el combate de la trata se infiere sin dificultad de lo expuesto con ocasión del examen de las observaciones finales y de la comunicación individual. Allí se ha visto que en este ámbito no se defiende un abordaje diferente al de Palermo. El Comité llama a su ratificación o adhesión y a que la definición de la trata y las medidas allí comprendidas sean las que los Estados adopten y apliquen, dando como resultado la protección de todas las personas ante una pluralidad de tipos de explotación. Ya hace algunos años, Mohamed Mattar ponía de relieve la importancia del Artículo 6 de la CEDAW para asegurar la implementación de las disposiciones de Palermo a través de los mecanismos de vigilancia previstos en el ámbito de la CEDAW.<sup>483</sup> Sin embargo, todo esto no insta para que bajo el amparo de la Convención se busque que los Estados aseguren que en el afrontamiento de la trata se integre una perspectiva de género en cada una de las áreas implicadas en su combate. Esto es, tanto en, por ejemplo, la recolección de datos, el entrenamiento y sensibilización de los agentes involucrados, las medidas de asistencia y protección, el enfoque seguido para desalentar la demanda o en las medidas preventivas de concienciación o de educación se requiere que los Estados particularicen estas cuestiones dotándolas de un enfoque de género para hacer frente a las especificidades que requiere enfrentar a la trata como una forma de discriminación contra la mujer.

Esta perspectiva promovida por la CEDAW, que guarda razón de ser en el proceso de especificación o concreción de los derechos humanos, no debe olvidarse. Sobre esto, Peces-Barba *et al*, siguiendo a Bobbio explicarían que se juzga que algunas situaciones necesitan de un tratamiento especial que, entre otros, pueden derivar de “una condición

---

<sup>483</sup> Mohamed Mattar, “Interview: Committee on the Elimination of Discrimination against Women”, *The Protection Project, Journal of Human Rights and Civil Society*, Issue 5 (Fall 2012): 116. [http://www.protectionproject.org/wp-content/uploads/2012/11/TPP-J-HR-Civ-Socy\\_Vol-5\\_2012-w-cover.pdf](http://www.protectionproject.org/wp-content/uploads/2012/11/TPP-J-HR-Civ-Socy_Vol-5_2012-w-cover.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].

social o cultural de personas que se encuentran en situación de inferioridad en las relaciones sociales” y que, por ello, requieren de una protección especial para superar la discriminación, indicando como “modelo más claro” a los derechos de la mujer.<sup>484</sup> A este respecto, Víctor Merino Sancho comenta que el proceso de especificación se acredita con las convenciones aprobadas en las Naciones Unidas cuyo objeto es la prohibición y eliminación de situaciones de discriminación específicas, señalando, entre dichos textos, a la CEDAW. El autor comenta que los derechos de las mujeres o las medidas articuladas para eliminar las discriminaciones por razón de género son el paradigma del proceso de especificación y, por ende, lo es también la CEDAW. Estos derechos y medidas buscan hacer frente a la disparidad entre las relaciones y experiencias de los derechos que, si bien se dirigen a un sujeto supuestamente neutro, sin embargo, éste “sí tenía género y era masculino” protegiéndose unos bienes jurídicos y no otros, como es el caso de la sobreestimación de la esfera pública sobre la privada o de la tardía prohibición de la violencia de género en los ordenamientos jurídicos.<sup>485</sup> En este mismo sentido, Ángeles Cano y Pilar Trinidad comentan que estas normas elaboradas en el ámbito internacional, prestan una atención especial a grupos determinados, como las mujeres, en razón de su situación histórica desfavorable.<sup>486</sup> Efectivamente, como ilustra Carlos Fernández Liesa, con respecto a la vulnerabilidad por razón de sexo, el pensamiento ilustrado excluyó a las mujeres, las cuales quedarían fuera de la modernidad política que desarrolló los derechos humanos lo que habrá requerido una lucha por la igualdad que pasaría a “[formar] parte de la agenda de los derechos humanos desde el siglo XIX hasta la actualidad, donde sigue siendo muy necesaria”.<sup>487</sup> Justamente, poniendo de relieve la contemporaneidad de esta lucha, Carmen Márquez Carrasco ha resaltado cómo ésta debe combatirse en todos los ámbitos al recordar que los derechos humanos básicos de las mujeres “son ignorados y violentados en todo tipo de conflictos armados” y que, hasta la reciente labor de los tribunales penales internacionales, los crímenes de violencia sexual, los cuales tienen a las mujeres casi como único objeto, venían siendo calificados de simples infracciones o

---

<sup>484</sup> Gregorio Peces-Barba Martínez *et al.* *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General* (Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1995), 180-181.

<sup>485</sup> Víctor Merino Sancho, “Tensiones entre el proceso de especificación de los derechos humanos y el principio de igualdad respecto a los derechos de las mujeres en el marco internacional”, *Derechos y Libertades* 27, Época II (junio 2012): 329, 334 y 335.

<sup>486</sup> M<sup>a</sup> de los Ángeles Cano Linares y Pilar Trinidad Núñez. *Grupos vulnerables y desfavorecidos: Protección contra su explotación laboral*. Dykinson, 2011: 6.

<sup>487</sup> Carlos R. Fernández Liesa, *El derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, (Madrid: Civitas, Thomson Reuters, 2013), 296.

siendo completamente ignorados.<sup>488</sup> Así las cosas, una valoración del estado de la situación llevaría a afirmar con Eva Díez Peralta que “ninguno de los países actuales, ni siquiera los occidentales, ha alcanzado la plena igualdad entre el hombre y la mujer”.<sup>489</sup> Es por todo ello que hace un momento se decía que, si bien se alaba que el Comité CEDAW se erija con su buen hacer como un baluarte en el combate global contra la trata, no debe olvidarse la función necesaria de la perspectiva específica promovida por la Convención puesto que se dirige a lograr la consecución efectiva de los derechos humanos, en este caso, en la lucha contra la trata de personas.

### 3.4. Sobre las debilidades y fortalezas de proteger a las víctimas de la trata a través de la CEDAW

Las exposiciones sobre la actuación del sistema internacional de protección de los derechos humanos suelen puntualizar en algún momento que su capacidad de imponerse en la práctica es débil. En esto es cierto que los términos poco categóricos a los que recurre el Comité en sus observaciones finales donde “recomienda” o “alienta” a los Estados a adoptar una determinada dirección, pero donde no se condenan las conductas transgresoras de una obligación ni se prevén repercusiones para el Estado infractor, podrían dificultar verlo de otro modo. Justamente, con respecto al lenguaje utilizado por los comités de derechos humanos, Douglas Donoho ha comentado que términos como “monitorizar” o “supervisar” implican una autoridad para sugerir cambios pero no necesariamente el poder de vincular a los Estados en un sentido legal técnico.<sup>490</sup> En referencia a estos comités, Tom Obokata ha añadido a su falta de recursos como ilustración de otra de sus debilidades subrayando que ocasionan retrasos en la consideración de los informes de los Estados y de las comunicaciones individuales.<sup>491</sup> Y ya, mostrando un escepticismo total, Rhonda Copelon ha dicho de forma lapidaria – y, por esta, no debiendo entenderse su acepción tercera de “solemnidad o concisión”, según dicta la Real Academia Española, sino su sentido más lúgubre puesto que la autora parecía, más bien, enterrar al sistema internacional de protección de los derechos

---

<sup>488</sup> María del Carmen Márquez Carrasco, "Los derechos humanos de las mujeres y la justicia internacional penal", en: *Investigación y género: avance en las distintas áreas del conocimiento: I Congreso Universitario Andaluz "Investigación y Género"*, Sevilla, 17 y 18 de junio 2009, coord. Isabel Vázquez Bermúdez (Universidad de Sevilla, 2009), 717.

<sup>489</sup> Eva Díez Peralta, “Los derechos de la mujer en el derecho internacional”, 88.

<sup>490</sup> Douglas Donoho, “Human Rights Enforcement in the Twenty-First Century”, *Georgia Journal of International and Comparative Law* 35-1 (2006): 10.

<sup>491</sup> Tom Obokata. *Trafficking of Human Beings from a Human Rights Perspective: Towards a Holistic Approach*. International Studies in Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 36.

humanos bajo tal inscripción – que “el sistema internacional de derechos humanos aún opera más en la retórica que en la realidad”.<sup>492</sup> Sin embargo, existen prismas más optimistas y, así, Felipe Gómez Isa, tras reconocer las limitaciones de la CEDAW, subraya que su Protocolo Facultativo fortalece los mecanismos de protección de los derechos de las mujeres colocando a la Convención “en la misma situación que los tratados de derechos humanos más importantes aprobados en el seno de las Naciones Unidas”<sup>493</sup> y que, en la medida en que este instrumento introduce mecanismos de protección más exigentes, fomenta un mejor cumplimiento por los Estados Parte.<sup>494</sup> Asimismo, Rosa Freedman mantiene que aunque parece contrario a la intuición que estos mecanismos no hayan sido dotados de poderes para hacer exigibles los derechos, “hay muy buenas razones para esta debilidad sistémica” consistentes en la necesidad de que los Estados se comprometan con la promoción y el desarrollo de los derechos humanos.<sup>495</sup> En esta última línea, Byrnes y Freeman han valorado el impacto de la CEDAW en la práctica resaltando que bajo ciertas circunstancias la ratificación de la Convención y el procedimiento de informes periódicos han mejorado significativamente el disfrute de, por lo menos, algunos derechos allí garantizados.<sup>496</sup>

Uniando el discurso a esta perspectiva que mantiene un punto de vista más favorable debe plantearse otra cuestión que pone en valor el quehacer de los comités de derechos humanos. Esto es, estos sistemas de protección de los derechos humanos no deben percibirse de forma aislada, como si actuaran en un vacío, y su efectividad no debe evaluarse exclusivamente bajo tal visión. Al respecto habría que plantear el interés de entender su labor de manera sistémica, *i.e.*, como parte de un engranaje que en su

---

<sup>492</sup> Rhonda Copelon, “International Human Rights Dimensions of Intimate Violence: Another Strand in the Dialectic of Feminist Lawmaking”, *Journal of Gender, Social Policy & the Law* 11, Issue 2 (2003): 875.

<sup>493</sup> Felipe Gómez Isa, “La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y su Protocolo Facultativo”, en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del S. XXI*, eds. Felipe Gómez Isa (Dir.) y José Manuel Pureza) (Bilbao: Universidad de Deusto, 2004), 308.

<sup>494</sup> Felipe Gómez Isa, “The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women and its Optional Protocol”, en *International Protection of Human Rights: Achievements and Challenges*, eds. Felipe Gómez Isa and Koen de Feyter (Bilbao: University of Deusto, 2006), 247.

<sup>495</sup> Rosa Freedman. *Human Rights protection: Ought the United Nations to have an increasing or diminishing role?* Cicero Foundation Great Debate Paper No. 14/06 (Paris-Maastricht, 2014), 5 y 6. [http://www.cicerofoundation.org/lectures/Rosa\\_Freedman\\_Human\\_Rights\\_Protection.pdf](http://www.cicerofoundation.org/lectures/Rosa_Freedman_Human_Rights_Protection.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].

<sup>496</sup> Andrew C. Byrnes and Marsha Freeman. *The Impact of the CEDAW Convention: Paths to Equality*, World Development Report, Gender Equality and Development (2012), 6. <http://siteresources.worldbank.org/INTWDR2012/Resources/7778105-1299699968583/7786210-1322671773271/Byrnes-and-Freeman-FINAL-18-May-2011-with-acknowledgements.pdf> [Consultado el 20 de julio de 2017].

globalidad conforma la maquinaria de protección de los derechos humanos. En este sentido, los diferentes sistemas de protección de los derechos humanos cooperarían para complementarse. De este modo, los resultados arrojados por el seguimiento realizado por los comités, en cuanto a las implementaciones por parte de los Estados de las obligaciones en materia de derechos humanos consagradas en sus respectivos tratados internacionales, serían, a su vez, antecedentes de utilidad en supuestos de reclamación de responsabilidad a los Estados ante un órgano jurisdiccional. Y, de manera inversa, las sentencias recaídas sobre el Estado, dictando su responsabilidad por la violación de un derecho humano, pueden ser un indicador de dónde se ha de incidir en la implementación de las disposiciones de las respectivas convenciones de los comités. Sobre esto último, los órganos de monitorización pueden fiscalizar, con ocasión de las observaciones finales sobre un país, si las insuficiencias que habrían producido la vulneración del derecho han sido corregidas en el tiempo o, incluso, si la implementación del dictamen del tribunal es insuficiente y, por ello, en la práctica se requeriría empujar más allá al Estado para proteger efectivamente al derecho.

Este no es un discurso figurado. Lejos de estarse proponiendo una idea vacua, el engranaje está en marcha y este sistema es tangible en la realidad. Así, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el ejercicio de su poder sentenciador, toma en cuenta las observaciones finales del Comité CEDAW – y de cualquiera de los otros comités de derechos humanos – sobre el Estado demandado cuando analiza si éste ha incurrido en la violación del derecho a examen.<sup>497</sup> Con el mismo fin, se vale de las recomendaciones generales<sup>498</sup> que los comités emiten y de sus comunicaciones individuales – aunque, en este segundo supuesto, hasta ahora nunca en el ámbito de la CEDAW –.<sup>499</sup> Asimismo – adelantando lo que está por venir –, el mismo Tribunal recurre a los informes sobre países elaborados por el grupo de expertos sobre la trata en el ámbito del Consejo de Europa conocido como el GRETA.<sup>500</sup> Tomando el sentido

---

<sup>497</sup> *Vid, inter alia, Case of Konstantin Markin v. Russia*, 22/03/2012, Reports of Judgments and Decisions 2012 (extracts), párr. 51; *Case of Dubská and Krejzová v. The Czech Republic*, 15/11/2016, Reports of Judgments and Decisions 2016, párr. 65, 66 y 188.

<sup>498</sup> *Vid, inter alia, Case of Khamtokhu and Aksenchik v. Russia*, Reports of Judgments and Decisions 2017, 24/01/2017, JOINT PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGES SICILIANOS, MØSE, LUBARDA, MOUROU-VIKSTRÖM AND KUCSKO-STADLMAYER, párr. 8-10; *Case of V.C. v. Slovakia*, 08/11/2011, Reports of Judgments and Decisions 2011 (extracts), párr. 83, 84 y 108.

<sup>499</sup> *Vid, inter alia, Case of Nait-liman v. Switzerland*, 21/06/2016, párr. 42 y 43.

<sup>500</sup> *Affaire J. et autres c. Autriche*, Recueil des arrêts et décisions 2017 (extraits), 17/01/2017, párr. 61, 94, OPINION CONCORDANTE DU JUGE PINTO DE ALBUQUERQUE, À LAQUELLE SE RALLIE LA JUGE TSOTSORIA, párr. 46.

contrario de esta interacción, el Comité contra la Tortura (Comité CAT) – órgano de monitorización de la *Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas, Crueles, Inhumanos o Degradantes*, del año 1984, de las Naciones Unidas –, por ejemplo, ha incidido sobre Suiza poniendo de relieve que, en el país, seguía vigente la insuficiencia que había sido identificada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la actuación del Estado como susceptible de generar una violación de derechos humanos, no habiéndose corregido de forma generalizada.<sup>501</sup> También en esta otra dirección, el Comité CEDAW ha visto que la implementación llevada a cabo por Irlanda, siguiendo los mandatos de un pronunciamiento del mismo Tribunal, es insuficiente en la práctica para garantizar el derecho de forma efectiva, por lo que se ha debido empujar al Estado a ir más allá para que la protección sea real.<sup>502</sup> Así visto, como se decía, el engranaje ya está en marcha por lo que, si un análisis de la efectividad de la actuación de los sistemas de protección de los derechos humanos pretende arrojar resultados fiables, las valoraciones no deben limitarse a examinar alguna de sus perspectivas de forma aislada, sino que ha de abarcarse la interacción ejercida recíprocamente entre el global de los sistemas.

#### 4. La trata de personas como una violación de derechos humanos en el Convenio de Varsovia

##### 4.1. La convivencia de la *trata delito* y la *trata violación de derechos humanos*

Hasta llegar aquí, en varias ocasiones se ha hecho referencia al Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos del año 2005, también conocido como Convenio de Varsovia. La idea que guía a lo que vendrá en este apartado ya ha sido dicha y debe recordarse porque en el futuro volverá a aparecer. Esta

---

<sup>501</sup> En palabras del Comité CAT: “The Committee is concerned at information received to the effect that alleged cases of excessive use of force and of racist behaviour by the police and immigration services are not systematically reported to the authorities, even where there is medical evidence of injury. **It also notes with concern the reports indicating the lack of prompt and effective investigations, as noted by the European Court of Human Rights in the case of Dembele v. Switzerland (2013).** In this regard, the Committee finds it regrettable that the State party has not yet established an independent body to investigate individual cases (...)” (Resaltado añadido) (CAT. *Concluding observations on the seventh periodic report of Switzerland*, 7 September 2015, (UN Doc. CAT/C/CHE/CO/7), párr. 10).

<sup>502</sup> Comité CEDAW: “The Committee welcomes the steps taken by the State party to improve health care for women and girls in the State party. The Committee is concerned that **access to abortion in the State party is restricted to cases where there is a real and substantial risk to the life of the pregnant woman under the Protection of Life During Pregnancy Act of 2013, which was enacted following the decision of the European Court of Human Rights in the case of A, B and C v Ireland, and that this exception is interpreted in a very restrictive manner**” (Resaltado añadido) (CEDAW. *Concluding observations on the combined sixth and seventh periodic reports of Ireland*, 9 March 2017 (UN Doc. CEDAW/C/IRL/CO/6-7), párr. 42).

es que, debido a que el Protocolo de Palermo irrumpió en el ordenamiento jurídico internacional promoviendo una visión de la trata de personas fundamentalmente como un delito, en el ámbito del Consejo de Europa se consideraría que la percepción del fenómeno de la trata y de las medidas para afrontarla habrían evolucionado por lo que se necesitaba de un nuevo instrumento legalmente vinculante que estuviera orientado hacia la protección de los derechos de las víctimas y al respeto a los derechos humanos, ofreciendo un equilibrio entre derechos humanos y enjuiciamiento (*vid ut supra* pp. 93 y 94). De hecho, es de notar que aquella relación entre Palermo y Varsovia vendría establecida en el propio Convenio el cual reconocería en su articulado que tiene por finalidad el refuerzo de la protección que aquel venía ofreciendo – Artículo 39 –. Todo esto es particularmente relevante porque las obligaciones jurídicamente vinculantes para los Estados Parte contenidas en el Convenio de Varsovia tendrán un sustrato garantizador de los derechos humanos.

Esto último es la clave de todo lo demás. El Convenio de Varsovia va a presentar a la trata de personas simultáneamente como un delito y como una violación de derechos humanos y, en virtud de esta última cualidad, los Estados tendrán que actuar para garantizar el derecho de las personas a vivir libre de trata. La trata que allí se entiende prohibida toma forma bajo la misma definición – Artículo 4 (a) – que la previamente consagrada en Palermo, y se reconocerá expresamente que cubre cualquiera de sus manifestaciones, ya sea nacional o transnacional y esté o no conectada con el crimen organizado – Artículo 2 –. Las finalidades perseguidas se estructuran siguiendo la estela de Palermo pero aquí se introducirán recurrentemente elementos adicionales dirigidos a aumentar la perspectiva de derechos humanos en los compromisos asumidos por los Estados. Así, el propósito del Convenio no se termina simplemente en prevenir y combatir la trata, proteger y asistir a sus víctimas y cooperar para lograrlo, sino que a estos se añaden elementos adicionales y aquella prevención y combate tendrán que hacerse garantizando la igualdad de género, y aquella protección de las víctimas debe ser comprehensiva, acompañándose de una asistencia que incluya a los testigos y que, al igual que la prevención, garantice la igualdad de género – Artículo 1 –. Todo esto se verá con algo más de detalle un poco más adelante.

Junto con el hecho de que este instrumento admite que la trata es una violación de derechos humanos, desde el informe explicativo sobre el Convenio contra la trata del Consejo de Europa se recuerda que uno de sus valores añadidos es que establece una

maquinaria de monitorización que asegura que los Estados Parte implementan efectivamente sus disposiciones.<sup>503</sup> En concreto se prevé la creación de un grupo de expertos en la acción contra la trata de personas (GRETA) – Artículo 36 – que lleva a cabo un procedimiento de evaluación en el que busca asegurar la implementación efectiva de las disposiciones del Convenio por los Estados Parte – Artículo 38 –. Su labor consiste en la elaboración de informes y de conclusiones sobre la aplicación del Convenio llevada a cabo por cada Estado lo cual, después de haber visto el funcionamiento del Comité CEDAW, sonará familiar. Este procedimiento se ve complementado por la posibilidad de que otro órgano allí previsto, el Comité de las Partes, adopte recomendaciones indicando qué medidas debe ejecutar el Estado Parte concernido para implementar las conclusiones del GRETA – Artículo 38 apdo. 7 – pretendiéndose, con esto, asegurar la independencia del grupo de expertos cuando lleva a cabo su labor de monitorización.<sup>504</sup> En la práctica, el resultado de la puesta en funcionamiento inicial de este sistema de vigilancia ha sido considerado insuficiente. En concreto, Julia Planitzer habrá dicho sobre los primeros trabajos del GRETA que su sistema de trabajo muestra debilidades y que necesitaría de un desarrollo posterior.<sup>505</sup>

#### 4.2. Careo: *Palermo vs. Varsovia* ¿Quién garantiza los derechos humanos?

A diferencia de la dinámica seguida cuando se abordó el ámbito de la CEDAW, aquí no se centrará la atención en el resultado del trabajo de estos nuevos órganos de monitorización, sino en el contenido de lo que mediante estos mecanismos es exigible a los Estados en virtud de su cualidad de *parte* en el Convenio contra la trata del Consejo de Europa.

En concreto, convendría echar un somero vistazo a lo que se quiere decir cuando se afirma que las obligaciones a acatar por los Estados en materia de trata de personas previstas en el Convenio de Varsovia son más garantizadoras de los derechos humanos que aquellas establecidas en el Protocolo de Palermo. Aunque ambos tratados siguen a primera vista un enfoque basado en las mismas perspectivas para afrontar la trata – las 3Ps –, al prestar atención a qué cuestiones se desarrollan con mayor exhaustividad en

---

<sup>503</sup> COE. *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, párr. 36.

<sup>504</sup> *Ibid.* párr. 369.

<sup>505</sup> Julia Planitzer, “GRETA’s First Years of Work: Review of the monitoring of implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings”, *The Anti-Trafficking Review*, Issue 1 (2012): 31-42.



uno y otro se aprecia que el resultado final no es el mismo. Para ver esto, más que proceder con una comparativa pormenorizada de cómo de extensas son las medidas comprendidas en uno y otro instrumento – lo cual llamaría al tedio y está al alcance de cualquiera que acceda al texto de los dos tratados – será más interesante poner aquí de relieve algunas diferencias clave y puntuales que muestran con nitidez el distinto enfoque que subyacía en la conclusión de uno y otro tratado. Se proponen algunos ejemplos para ilustrar lo que se dice.

Uno primero podría ser la diferente asunción de la perspectiva de género. Ciertamente, el diferente peso de la perspectiva de derechos humanos en uno y otro tratado se hace patente en las dispares referencias a la adopción de un enfoque de género. De un lado, véase Palermo donde tan sólo en dos ocasiones se recuerda la necesidad de seguir esta perspectiva. La primera breve indicación consiste en apuntar que las medidas previstas en la disposición sobre protección deben tener en cuenta el género de la víctima en su aplicación – Artículo 6 apdo. 4 –. La segunda, igual de concisa, sugiere que la capacitación de los funcionarios relevantes en la prevención, en el procesamiento y en la protección, deberían – se recordarán los términos poco determinantes de Palermo – tener en cuenta la inclusión de una perspectiva de género – Artículo 10 apdo. 2 –. Del otro lado, véase Varsovia donde a lo largo de su articulado hay numerosas referencias a la necesidad de incorporar una perspectiva de género. Así, ésta se incluye en el preámbulo y en la enumeración de los propósitos del Convenio ocurriendo que, para satisfacer las finalidades perseguidas por Varsovia, la prevención de la trata y la protección de las víctimas han de garantizar, ambas, la igualdad de género – Artículo 1 (a) y (b) –. Asimismo, las medidas preventivas consistentes en elaborar políticas y programas como campañas de información o de sensibilización o de educación sobre la trata y programas de capacitación, todas ellas, han de incorporar una perspectiva de género – Artículo 5 apdo. 3 –. Además, ésta también debe estar presente donde se tomen acciones para desalentar la demanda que nutre la explotación de las personas – Artículo 6 (d) –. De hecho, este tratado prevé una disposición específica sobre igualdad de género de alcance general en virtud de la cual todas las medidas consagradas en el tercer capítulo del Convenio han de ser aplicadas con una perspectiva de género integrada – Artículo 17 –. Esto es, el enfoque de género en Varsovia es transversal extendiéndose en virtud de aquel precepto a las previsiones sobre la identificación de víctimas, a la protección de su vida privada e identidad, a la prestación

de asistencia física, psicológica y recuperación social, al plazo de restablecimiento y reflexión, a la posible concesión de un permiso de residencia, al suministro de información sobre su eventual participación en procedimientos judiciales, a la asistencia legal o a la compensación y a la repatriación y retorno de las víctimas – Artículos 10 a 16 –.

Un segundo ejemplo podría ser la dispar dedicación de uno y otro al afrontamiento de la demanda que alienta los tipos de explotación a los que se dirige la trata. Sobre esto, al contrario que Palermo que lacónicamente establece que los Estados han de adoptar medidas legislativas, educacionales, sociales o culturales para desalentar la demanda de las formas de explotación que llevan a la trata – Artículo 9 apdo. 5 –, Varsovia se extiende. Este último incluye, entre otros, la necesidad de que se adopten medidas para sensibilizar a los medios y a la sociedad civil sobre su responsabilidad en identificar a la demanda como una de las causas fundamentales de la trata de personas o, igualmente, de que se lleven a cabo programas educacionales para chicos y chicas durante la escolarización donde se enfatice el carácter inaceptable de la discriminación basada en el género, sus consecuencias desastrosas y la importancia en la igualdad de género, dignidad e integridad en todo ser humano – Artículo 6 –.

Como tercer ejemplo pueden presentarse un compendio de cuestiones. Varias de ellas ligadas a la obligación de prestar asistencia a las víctimas. A este respecto, además de la diferente extensión de las medidas previstas en Palermo y en Varsovia, es particularmente relevante el lenguaje utilizado en uno y otro tratado. Seguramente se recordará que las medidas de asistencia y protección comprendidas en Palermo son tan exigibles como lo permitan formulaciones elusivas como “en casos apropiados y en la medida de lo posible (...) los Estados protegerán (...)” o “considerarán implementar medidas (...)” – Artículo 6 apartados 1 y 3 –. En Varsovia, en cambio, los términos son más determinantes – “los Estados deberán” – y, además, a diferencia de Palermo, se habrá previsto que el acceso de las víctimas a asistencia y protección no debe condicionarse a su cooperación con las autoridades en el procedimiento penal – comparar Artículo 12 apdo. 6 Varsovia y Artículo 6 apdo. 2 (b) Palermo –. Asimismo, la introducción en el Convenio del Consejo de Europa de un precepto que asegura a las víctimas de la trata el disfrute de un periodo de restablecimiento y reflexión de al menos treinta días en el territorio del Estado y con derecho a asistencia y protección, para que la persona se recobre y escape a la influencia de los tratantes y decida si quiere o no

cooperar con las autoridades – Artículo 13 –, es también muestra del diferente peso de la perspectiva de derechos humanos en uno y otro tratado.

Un cuarto ejemplo del distinto enfoque entre ambos instrumentos es la atención dedicada a los niños víctimas de trata. En Varsovia se introduce un compendio de preceptos que establecen obligaciones que profundizan en necesidades que son especiales de los niños y de su situación. En Palermo, al igual que ocurría con la introducción de una perspectiva de género, se apuntaba brevemente que las medidas previstas en la disposición sobre protección deben tener en cuenta las necesidades especiales de los niños víctimas en su aplicación – Artículo 6 apdo. 4 – y, de manera críptica, que la capacitación de los funcionarios concernidos en la prevención, en el procesamiento y en la protección, debería – siempre en condicional – tener en cuenta asuntos sensibles a los niños – Artículo 10 apdo. 2 –. Finalmente, sin mayor profundidad, a esto se añadiría que, dentro de las medidas de prevención, la protección de una posible revictimización, la mitigación de los factores que hacen a las personas vulnerables a la trata y las medidas para desalentar la demanda deberán dirigirse “especialmente a las mujeres y los niños” – Artículo 9 apartados 1 (b), 4 y 5 –. Sin embargo, como se anticipó, en Varsovia, el enfoque es otro. Aquí, al igual que ocurría con la incorporación de una perspectiva de género, las medidas preventivas consistentes en elaborar políticas y programas como campañas de información, o de sensibilización, o educación sobre la trata y programas de capacitación, todas ellas han de seguir un enfoque sensible a los niños – Artículo 5 apdo. 3 y 5 –. Asimismo, los Estados deberán adoptar medidas específicas para reducir la vulnerabilidad de los niños a la trata creando un ambiente de protección para ellos – Artículo 5 apdo. 5 – y tendrán que desalentar la demanda de formas de explotación que les son específicas – Artículo 6 –. Marcando diferencias con Palermo, este instrumento prevé que las autoridades competentes tengan personal entrenado para identificar y ayudar a los niños víctimas de la trata y que, cuando la edad de la víctima sea incierta y existan razones convincentes para presumir que se está ante un menor, debe proporcionársele, hasta que se verifique su edad, protección especial la cual, además, incluirá en los casos de menores víctimas no acompañados la asignación de representante, las indagaciones necesarias para establecer su identidad y su nacionalidad y, sólo si es acorde con el interés superior del menor, la localización de su familia – Artículo 10 apartados 1, 3 y 4 –. Esto último viene relacionado con el mandato de no devolver a los niños víctimas a un Estado si su

retorno perjudicara el bienestar superior del niño – Artículo 16 apdo. 7 –. Finalmente, junto a lo enumerado se incluyen otras cuestiones que terminan de mostrar la diferente profundidad en el enfoque de derechos humanos seguido en Palermo y en Varsovia, tales como la protección de la identidad del niño – Artículo 11 –, su acceso a educación o a asistencia específica – Artículo 12 apdo. 1 (f) y 7 – o su protección especial durante los procesos judiciales – Artículo 30 –.

Estas muestras comparativas de contenido entre ambos tratados internacionales revelan el contraste existente entre el volumen y el desarrollo de las disposiciones que en uno y otro instrumento han sido destinadas a combatir la trata de personas no sólo como un crimen sino también como una violación de derechos humanos. No obstante, a pesar de que Varsovia, en contraposición a Palermo, aparecería en escena como aquel instrumento que se dirigiría a ofrecer un enfoque más garantizador de los derechos humanos de las víctimas en el afrontamiento del combate contra la trata, sin embargo, su contenido final no habrá sido siempre alabado. Sobre esto, Venla Roth ha subrayado que el articulado del Convenio finalmente adoptado proporciona a las víctimas de la trata una protección más bien débil en comparación con la idea originaria de proteger de forma efectiva los derechos humanos de las víctimas de la trata. El propósito inicial se habría diluido durante el proceso de negociación mostrando la preeminencia del deseo de los Estados de protegerse de la migración ilegal que se impondría sobre la primera visión de la trata de personas como un crimen del que sus víctimas requieren protección. En este sentido, la autora revela las sospechas que habría suscitado la introducción en el Convenio de Varsovia de una “cláusula de desconexión” al estimarse que ésta resultaría en que los Estados Miembros de la Unión Europea aplicarían unos estándares de protección de las víctimas más bajos que aquellos previstos en el Convenio contra la trata del Consejo de Europa.<sup>506</sup> Con esto se referiría a una disposición – el Artículo 40 apdo. 3 – que, bajo aquella denominación, prevé que los Estados Parte en el Convenio de Varsovia que sean miembros de la Unión Europea apliquen en sus relaciones mutuas el derecho de la Unión que gobierna el asunto particular concernido, sin perjuicio de la aplicación total del contenido del Convenio en su relación con las otras partes. Sin embargo, Carmen Pérez González ha resaltado que “no parece que dicha cláusula deba amparar la aprobación y aplicación por parte de la Unión Europea de estándares

---

<sup>506</sup> Venla Roth, *Defining Human Trafficking and Identifying Its Victims: A Study on the Impact and Future Challenges of International, European and Finnish Legal Responses to Prostitution-Related Trafficking in Human Beings*. (Leiden – Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2012), 116 y 117.

rebajados de protección de los derechos de las víctimas” puesto que, de producirse tal rebaja, ésta sería contraria al objeto y fin del Convenio.<sup>507</sup>

## 5. Una observación final

Más arriba se propuso que al evaluar la eficacia de la lucha contra la trata de personas que resulta de estos tratados internacionales y de sus mecanismos de protección, es conveniente tener, a su vez, en cuenta su interacción con otros mecanismos de protección de los derechos humanos. En concreto se decía que estos no debían percibirse de forma aislada como si actuaran en un vacío. Por ello, es de especial interés descubrir las aportaciones que en esta materia trae el hacer de un órgano judicial internacional. Señalando su importancia, Saunders habrá dicho que los tribunales de derechos humanos son a menudo vistos como el “estándar de oro” en la ejecución de los derechos humanos porque poseen aquello de lo que los sistemas de monitorización adolecen, a saber, la autoridad de sancionar a los Estados que han violado sus obligaciones de derechos humanos.<sup>508</sup> Es a esto que se dedica el Capítulo IV, el cual dará muestra de otra pieza fundamental del engranaje que conforma la maquinaria de protección de los derechos humanos en el combate de la *trata violación de derechos humanos*.

---

<sup>507</sup> Carmen Pérez González, "El Convenio Europeo relativo a la lucha contra la trata de seres humanos y la aplicación entre los Estados Miembros de la Unión Europea de los instrumentos propios de esta organización: consideraciones jurídicas en torno a la denominada cláusula de desconexión", en *La obra jurídica del Consejo de Europa (en conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa)*, coord. Pablo A. Fernández Sánchez (Sevilla: Gandulfo, 2010), 433.

<sup>508</sup> Pammela Q. Saunders, "The integrated enforcement of Human Rights", *International Law and Politics*, Vol. 45, No 1 (2012): 97.



## Capítulo IV

### La prohibición de la trata de personas en el sistema regional europeo de protección de los derechos humanos y las obligaciones positivas para los Estados

1. El punto de partida. La exclusión originaria de la prohibición de la trata de personas del Convenio Europeo de Derechos Humanos

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)<sup>509</sup> fue concebido en el seno del Consejo de Europa en 1950 como un medio de proteger y desarrollar los derechos humanos y las libertades fundamentales. El Convenio participaría del fin de la, entonces, joven Organización Internacional – el Consejo de Europa había nacido el 5 de mayo de 1949 con la firma de su Carta fundacional, el Tratado de Londres – de fomentar una mayor unidad entre sus miembros, y vendría inspirado en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948. Este nuevo instrumento, como su preámbulo apunta, estaría dirigido a asegurar la garantía colectiva de algunos derechos enunciados en la Declaración Universal, y se consolidaría como elemento nuclear del sistema regional europeo de protección de los derechos humanos.

Clare Ovey y Robin White han subrayado con respecto al rol del CEDH de asegurar la garantía colectiva de, en concreto, *algunos* derechos que, si bien los derechos declarados en la DUDH inspiraban a los amparados en el Convenio Europeo, sin embargo, el catálogo protegido por este segundo instrumento no era una mera duplicación de los contenidos en el primero. Así será que, aunque la Declaración Universal sería tomada como referencia puesto que en ambos instrumentos dos preocupaciones eran compartidas, a saber, por un lado, proveer medios para evitar graves violaciones de derechos humanos como las ocurridas en la Segunda Guerra Mundial y, de otro lado, proteger a los Estados de la subversión comunista – lo cual explicará en parte las numerosas referencias al modelo de sociedad democrática en el preámbulo y en numerosas disposiciones del CEDH –; no obstante, sólo ciertos

---

<sup>509</sup> Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, conocido como el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), abierto a firma de los Estados Miembros del Consejo de Europa y la adhesión de la Unión Europea en Roma el día 4 de noviembre de 1950 y en vigor, tras alcanzar las necesarias 10 ratificaciones, el día 3 de septiembre de 1953.

derechos no controvertidos fueron seleccionados con vistas a asegurar la rápida aceptación del nuevo instrumento.<sup>510</sup> La prohibición de la trata de personas no estaría entre ellos.

Efectivamente, en el cuerpo del resultante Convenio Europeo, no se haría ninguna alusión a la prohibición de la trata de seres humanos. *A priori*, dos motivos podrían explicar este silencio original. Estas dos primeras razones son generales y podrían predicarse de otras materias. Así, los dos autores anteriores, al referirse al método decisor que regiría la elección de los derechos a consagrar en el CEDH, han destacado tanto a la influencia de la DUDH como modelo referente como, en añadidura, al hecho de que la selección de los derechos a incluir en su articulado pivotara sobre el carácter no controvertido de los que serían elegidos, con vistas a lograr así una rápida aceptación por los Estados Contratantes.<sup>511</sup> Tomando esto como cierto, desde el propio sistema regional europeo de protección de los derechos humanos, se ha calificado a la no inclusión de la prohibición de la trata de personas en el cuerpo del Convenio Europeo como “poco sorprendente” y ello, justamente, basándose en que la Declaración Universal no hacía mención alguna en sus disposiciones a esta violación de los derechos humanos.<sup>512</sup>

Si bien esto es cierto, darse por satisfecho con esta explicación y aceptar dejar aquí las razones que subyacen a la omisión de la prohibición de la trata en el texto del Convenio, supondría ignorar datos que ya se conocen. En efecto, junto a lo anterior habría que añadir una tercera consideración de fondo, más específica, que se halla en la base de todo lo demás, y que encuentra fundamento en la evolución histórica de la trata de personas a través de sus diferentes instrumentos internacionales reguladores hasta llegar al Protocolo de Palermo. Esto es, la falta de la inclusión de la trata como una vulneración de derechos humanos en ambos instrumentos, a saber, tanto en la DUDH como en el CEDH, es coherente con la ausencia de su percepción como tal en aquel entonces. Ciertamente, como ha sido ampliamente expuesto, la trata de personas habría

---

<sup>510</sup> Clare Ovey and Robin White, *Jacobs & White: The European Convention on Human Rights*, (4ª ed. New York: Oxford University Press Inc, 2006), 2.

<sup>511</sup> Ovey and White, *Jacobs & White*, 2.

<sup>512</sup> En palabras del TEDH: “The absence of an express reference to trafficking in the Convention is unsurprising. **The Convention was inspired by the Universal Declaration of Human Rights**, proclaimed by the General Assembly of the United Nations in 1948, **which itself made no express mention of trafficking**” (Resaltado añadido) (*Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, Judgement of 7 January 2010, Reports of Judgements and Decisions 2010 (extracts), párr. 277).



venido siendo fundamentalmente percibida y afrontada como un delito hasta tiempos recientes.

Junto a la anterior consideración de fondo, desde un plano más visible, los motivos de la ausencia de alusión originaria a la trata en el texto del Convenio parecen claros. Atendiendo a los trabajos preparatorios del Convenio Europeo, se capta sin dificultad que durante las negociaciones no se replantearían en gran medida los términos de redacción elegidos en la Declaración Universal. Confirmando esta vinculación entre la DUDH y el CEDH cabe sucintamente mostrar la manera en la cual los redactores del Convenio Europeo se aproximarían, durante el ejercicio de su labor, al precepto en el que con mayor probabilidad habría tenido cabida la prohibición de la trata de personas de habérsela tenido en cuenta. Concretamente, tres enfoques adoptados en el proceso redactor de aquel artículo sostienen aquella hipótesis. En esto, en primer lugar, poco hay que adivinar cuando los negociadores durante los *travaux préparatoires*, sumidos en la redacción del precepto que consagraría la prohibición de la esclavitud, de la servidumbre y del trabajo forzoso – todas ellas finalidades de explotación vinculadas a la trata –, harían mención expresa en repetidas ocasiones a la disposición equivalente del texto de la Declaración Universal, enarbolándola como modelo referente del precepto en elaboración. Además de estas referencias expresas, se añadiría que el contenido del derecho protegido en la nueva disposición debía estructurarse en términos similares al ya comprendido en el patrón de la DUDH.<sup>513</sup> Por último, a lo anterior se sumaría que incluso la numeración del articulado se establecería por equivalencia haciendo coincidentes en ambos instrumentos las disposiciones reguladoras de la materia, concluyéndose con que el Artículo 4 de la Declaración Universal sobre prohibición de la esclavitud y de la servidumbre, vería su igual en el Artículo 4 del Convenio Europeo, garantía de la prohibición de la esclavitud, de la servidumbre y del trabajo forzoso en la jurisdicción de sus Estados Miembros.

Como resultado de la dinámica seguida en estos *travaux préparatoires* es cierto que es difícil dudar del papel desempeñado por la Declaración Universal de Derechos

---

<sup>513</sup> En las negociaciones del Artículo 4 del CEDH se entendía que la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre debía garantizarse según lo establecido en la DUDH y en términos similares: “[E]xemption from any slavery or servitude, **as laid down in Article 4 of the Declaration of the United Nations**” (Resaltado añadido) (*inter alia*, Legal Committee- proposals submitted by Mr. Teitgen, Rapporteur, 29th August 1949, Strasbourg, le 15 novembre 1962 en Commission Européenne des Droits de l’Homme, *Travaux préparatoires de l’Article 4 de la Convention*, (DH(62)10), p. 4. [http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART4-DH\(62\)10-BIL1712017.PDF](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART4-DH(62)10-BIL1712017.PDF) [Consultado el 20 de julio de 2017]).

Humanos como referente del posterior Convenio Europeo de Derechos Humanos y su consecuente influencia en la ausencia de mención a la prohibición de la trata en el articulado finalmente adoptado en este último. Sin embargo, otorgarle en exclusiva el rol de *influencia determinante* sería una simplificación del estado de la realidad del momento. Esto puede afirmarse puesto que otros datos dan argumentos para mantener que la ausencia de la prohibición de la trata en el Convenio no tuvo como causa una mera omisión, lo cual habría ocurrido si se hubiera simplemente traspuesto el contenido de la DUDH en el CEDH.

Ciertamente es de destacar que, lejos de estarse hablando de la omisión accidental de un contenido, cabe aseverar que la exclusión de la prohibición de la trata de personas del cuerpo del Convenio fue de carácter deliberado. Piénsese en lo dicho anteriormente sobre su percepción fundamentalmente como un delito. Efectivamente, dando énfasis a esta idea, puede decirse que la voluntariedad de este silencio ha de ser mantenida de manera categórica puesto que en aquel entonces la trata de personas no era un fenómeno nuevo sino que, muy por el contrario, si bien no disfrutaba de la configuración actual, era objeto de preocupación y ocupación por parte de la comunidad internacional que ya, en 1950, había acordado en múltiples ocasiones varios tratados internacionales para afrontar la materia. De hecho, si se recuerda, acabaría de concluirse la Convención para la Represión de la Trata de Personas y la Explotación de la Prostitución de otros de 1949.

Pero además, si alguna duda quedara sobre la intencionalidad de su exclusión, hay datos irrefutables que no dejan espacio para la incertidumbre. Aquí puede aducirse, como argumento susceptible de inclinar la balanza hacia la constatación de una clara voluntad en el descarte de la prohibición de la trata del texto del Convenio, una referencia que fue añadida a través de un anexo a los *travaux préparatoires* del CEDH. En el escrito anexado se mantenía la existencia de ciertas afinidades entre el precepto que iba a ser adoptado y el más tardío y, entonces, aún en redacción, Artículo 8 del proyecto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PIDCP). En concreto, en el extracto de los trabajos previos del PIDCP, agregado con la intención de poner de relieve las afinidades entre ambas disposiciones, se lee que en la redacción del párrafo que se ocupa de la prohibición de la esclavitud se sugirió expresamente la sustitución de la expresión “trata de esclavos” por “trata de seres humanos”, de forma que la cláusula cubriese a la trata tal y como era entendida en la época, esto es, que se

incluyese a la trata de mujeres. Sin embargo, esta proposición fue desestimada sobre la idea de que el precepto debía centrarse en, propiamente, la trata de esclavos.<sup>514</sup>

Habiendo acontecido así los eventos, el hecho de que se haya pretendido subrayar con tal operación las concretas afinidades entre ambos preceptos facilita argumentar que el razonamiento presentado en los trabajos preparatorios del Artículo 8 del PIDCP es compartido y se encuentra en la base del Artículo 4 del CEDH. Siendo por ello, que en esto encuentra fundamento el mantener que la prohibición de la trata de personas habría sido excluida, no por una mera omisión, sino de forma expresa y deliberada del ámbito de las salvaguardas que otorgaría el Convenio Europeo a los derechos y libertades allí resguardadas. Y es que, si en algo se pusiera en entredicho la influencia del PIDCP sobre el CEDH, habría que oponerse. En efecto, si se observa el contenido del Artículo 8 del primero y del Artículo 4 del segundo, no se requiere detenimiento para poder concluir que, aunque esta última disposición se hubiera establecido por equivalencia al Artículo 4 de la Declaración Universal, en el precepto del Convenio Europeo el trabajo forzoso habría tenido cabida por asimilación al tenor del Pacto Internacional.<sup>515</sup>

Visto esto, se comprenderá que antes se puntualizara que otorgar a la Declaración Universal el rol de *influencia determinante* del Convenio Europeo sería una simplificación de la realidad. En concreto, mantener que la falta de alusión a la trata de personas en la DUDH es el motivo de su ausencia en el CEDH es tan sólo parcialmente cierto. Aquí sería más adecuado defender que, atendiendo a todos los datos, se patentiza que la prohibición de la trata no fue tomada en cuenta en 1950 en virtud del estado del derecho internacional en aquel momento.

<sup>514</sup> En su tenor original: “**A suggestion was made** to substitute “trade in human beings” for “slave trade” in order that paragraph 1 would **cover traffic in women as well; it was not accepted**, for it was thought that **the clause should deal only with slave trade as such**” (Resaltado añadido) (*Travaux préparatoires* de l’Article 4 de la Convention (DH (62)10): 15 y 16).

<sup>515</sup> Compárese los contenidos:

Artículo 4 DUDH	Artículo 8 PIDCP	Artículo 4 CEDH
“No one shall be held in <b>slavery</b> or <b>servitude</b> ; slavery and the slave trade shall be prohibited in all their forms”.	“1. No one shall be held in <b>slavery</b> ; slavery and the slave-trade in all their forms shall be prohibited. 2. No one shall be held in <b>servitude</b> . 3. (a) No one shall be required to perform <b>forced or compulsory labour (...)</b> ”.	“1. No one shall be held in <b>slavery or servitude</b> . 2. No one shall be required to perform <b>forced or compulsory labour. (...)</b> ”.

Establecidas estas aclaraciones, es de destacar que, tal y como se deja entrever en el preámbulo del Convenio Europeo y como se ha afirmado desde la doctrina, la novedad del instrumento no radicaba en la lista de derechos amparados por el mismo sino en la manera en la que aquellos derechos finalmente recogidos estarían efectivamente garantizados. Es decir, lo novedoso sería el otorgamiento de tutela internacional a los individuos ante eventuales violaciones de los derechos humanos y de las libertades fundamentales comprendidas en el texto consagrado.<sup>516</sup> Ciertamente, al respecto se ha enfatizado lo innovador, en el estadio en el que se encontraba el derecho internacional en aquel momento, de permitir a un individuo<sup>517</sup> presentar una queja ante un órgano internacional facultado para fallar sobre el fondo del asunto ya que, tradicionalmente y como es bien sabido, la esfera internacional era ámbito exclusivo de los Estados y de algunas entidades no estatales como las Organizaciones Internacionales.<sup>518</sup> Como resultado de tal avance, actualmente,<sup>519</sup> los individuos tienen la facultad de optar y, si

---

<sup>516</sup> Sobre esto, Andrew Drzemczewski declaraba, incluso antes de las reformas introducidas en el CEDH que traerían consigo la entrada en vigor del Protocolo 11 en 1998 que posicionarían al Tribunal Europeo de Derechos Humanos como órgano de garantía jurisdiccional (para ahondar en los resultados de la reforma introducidos por el Protocolo 11 ver Andrew Drzemczewski, “The European Human Rights Convention: Protocol No. 11. Entry into force and first year of application, Strasbourg, 16 November 1999”, *Documentação e Direito Comparado* 79/80 (1999): 223-67. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/13600.pdf> [Consultado el 20 de julio de 2017]), que efectivamente: “[T]he novelty of the Convention was not so much its content, that is the list of human rights provided therein, but rather the optional right of individual petition before the European Commission of Human Rights permitting for an eventual objective, outside verification as to whether in reality the said rights are effectively guaranteed domestically.” (Andrew Drzemczewski, “The European Human Rights Convention: Time for a Radical Overhaul?” *Boston College International and Comparative Law Review* 10, Issue I, Article 3 (12-I-1987): 11. <http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1466&context=iclr> [Consultado el 20 de julio de 2017]).

<sup>517</sup> Esta innovación se plantea como una evolución con respecto al derecho internacional clásico donde, como es sabido, la sociedad internacional era de estructura interestatal. En un momento ulterior, experimentará transformaciones que darían lugar a una humanización del derecho internacional contemporáneo. Como resultado, al individuo, considerado anteriormente sólo como objeto del ordenamiento internacional, se le reconocerá una cierta subjetividad. Aquí, frente a los dos sujetos de derecho internacional, el Estado y las Organizaciones Internacionales, el individuo gozaría de un cierto grado de subjetividad internacional por cuanto, de un lado, en determinados supuestos tendrá legitimación activa para reclamar el incumplimiento de la norma y acceder a las jurisdicciones internacionales – no siendo mero beneficiario de la norma –, y, de otro lado, gozará de legitimación pasiva para sufrir la responsabilidad por los delitos internacionales (José Antonio Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales* (Madrid: Tecnos, 2001), 187-98).

<sup>518</sup> Dragoljub Popović, *European Human Rights Law - A Manual. An Introduction to the Strasbourg Court and its Jurisprudence* (Netherlands: Eleven International Publishing, 2013), 6.

<sup>519</sup> Esta matización temporal se debe a que el sistema regional europeo de protección de los derechos humanos ha evolucionado en dos fases hasta llegar a su configuración actual. En el origen, el llamado “viejo” u “original” sistema de protección estaba articulado a través de dos órganos, a saber, la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que habrían lidiado con las alegaciones de violación de los derechos humanos contenidos en el Convenio Europeo, expuestas tanto por Estados como por los individuos. El procedimiento originario sería reestructurado, posteriormente, con la entrada en vigor del Protocolo 11 al Convenio el 1 de noviembre de 1998. Esta reforma daría lugar al “nuevo” o “reformado” sistema de protección que remplazaría a la Comisión y al Tribunal por un único

corresponde, recibir<sup>520</sup> tutela internacional ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)<sup>521</sup> en caso de violación de sus derechos reconocidos en el Convenio.

Con todo lo dicho, recapitulando y en suma, en el punto de partida, los individuos podrían gozar de la recién instaurada garantía internacional ante la alegada violación de sus derechos. Sin embargo, que la trata de personas en aquel momento fuera percibida fundamentalmente como un delito y que los referentes del derecho internacional tomados como patrones del Convenio Europeo la omitieran o excluyeran expresamente de sus ámbitos, supondrá la consecuente ausencia de referencia a la prohibición de la trata en el texto final del Convenio Europeo. El resultado será la correlativa privación de protección en el sistema regional europeo ante lo que con el transcurrir del tiempo será unánimemente considerado como una violación de derechos humanos.

No obstante, a pesar de que, efectivamente, en el origen, la prohibición de la trata no participó de la protección y garantía que el Convenio otorga, en la actualidad, por el contrario, el derecho a vivir libre de la trata de personas se considera amparado por el espectro protector de este instrumento. Es por ello que, en este orden de cosas, es lo propio adentrarse a continuación en cómo, en base a qué fundamento y en qué extensión la prohibición de la trata de seres humanos, si bien originariamente no comprendida en el Convenio Europeo es, hoy por hoy, una materia susceptible de ser resguardada bajo la tutela del mismo.

---

Tribunal permanente con sede en Estrasburgo que se hará cargo, a partir de ese momento, tanto de la admisibilidad como del fondo de las solicitudes (Para ahondar en la reforma, ver *inter alia*, Ovey and White, *Jacobs & White*, 8-11; De Schutter, *International Human Rights law*, 983-6).

<sup>520</sup> Para que las vulneraciones de derechos humanos alegadas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos puedan recibir su tutela deberán aunar determinados requisitos. En concreto, además de que el derecho humano o libertad fundamental tenga cabida en alguna disposición del CEDH, serán criterios de admisibilidad, primero, el agotamiento previo de las vías de recursos internas y que no haya transcurrido un periodo superior a los seis meses desde la fecha en la que la decisión final fue adoptada; segundo, en los casos de aplicaciones individuales, la demanda será inadmisibile si es anónima o esencialmente la misma que otra ya examinada anteriormente por el Tribunal o sometida a otra instancia internacional cuando no contenga hechos nuevos; tercero, serán igualmente inadmisibles las demandas incompatibles con las disposiciones del Convenio o sus protocolos, manifiestamente mal fundada o abusiva, o cuando el demandante no haya sufrido un perjuicio importante salvo que el respeto a los derechos humanos requiera un examen del fondo de la demanda, no pudiendo rechazarse por este motivo ningún asunto que no haya sido debidamente examinado por un tribunal nacional (Artículo 35 del CEDH).

<sup>521</sup> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha sido instituido por el propio Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en su Título II como órgano permanente destinado a asegurar el respeto del Convenio por los Estados Parte y con competencia sobre todos los asuntos que le sean sometidos, ya sean interestatales o denuncias individuales contra un Estado Parte, relativos a la interpretación y aplicación del CEDH y sus protocolos (Artículos 19, 32, 33 y 34 del CEDH).

## 2. La evolución. La introducción de la prohibición de la trata de personas en el CEDH

Tras lo expuesto en *el punto de partida* y como continuación lógica del mismo, ocupa afrontar la necesaria tarea de dilucidar y dar respuesta a una serie de cuestiones fundamentales. Primero, habrá que esclarecer *cómo o de qué manera* la prohibición de la trata de personas, si bien no expresamente comprendida en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de manera originaria es, a presente, una materia susceptible de ser resguardada bajo la tutela del mismo. Segundo, se determinará *en base a qué fundamento* se haría tal inclusión. Y tercero, se presentará *cuál será la extensión de la protección garantizada y las consecuencias* del reconocimiento de esta salvaguarda dentro de la jurisdicción de los Estados Contratantes.

### 2.1. Cuestión primera. La manera de incluir a la trata de personas en el CEDH

#### 2.1.1. Valoración inicial sobre la falta de inclusión originaria de la trata de personas en el CEDH

Arrojar luz sobre la incógnita inicial de *cómo o de qué manera* la prohibición de la trata de seres humanos es, a presente, una materia susceptible de ser resguardada bajo la tutela del Convenio Europeo, requerirá analizar la intensidad del carácter impeditivo de aquellos factores que se presentan como trabas iniciales al posible otorgamiento de tal salvaguarda a los individuos.

A tal fin aquí, visto que, como se ha venido exponiendo desde un principio, en razón del estado del derecho internacional y del entendimiento de la trata de personas en los tiempos de la preparación del Convenio Europeo, su prohibición no sería incorporada en el tratado resultante, cabría interrogarse sobre el valor de esta falta de inclusión originaria. Esto es, cabría determinar cuál es el peso que merece la ausencia de consideración de la trata por parte de los redactores del Convenio durante la elaboración de los *travaux préparatoires*. En concreto, lo fundamental será plantear si una exclusión deliberada sería definitiva e inamovible visto que tal parece haber sido la voluntad de los redactores quienes no incluyeron a esta vulneración de derechos en el cuerpo del Convenio cuando, ya por aquel entonces, la trata de personas era una figura existente en el ordenamiento jurídico internacional sobre la cual la comunidad internacional había demostrado su preocupación en una pluralidad de ocasiones. Dar respuesta a esta cuestión, implicará necesariamente adentrarse en las lindes de las técnicas

interpretativas a las que recurre el Tribunal Europeo en el cumplimiento de su labor cuando se ocupa de esclarecer los parámetros de los derechos y las libertades recogidas en las disposiciones del Convenio.<sup>522</sup>

Solventar los interrogantes presentados requiere centrar primariamente la atención sobre el hecho nada novedoso de que el Convenio Europeo de Derechos Humanos es un tratado internacional<sup>523</sup> y que como tal se encuentra sujeto a las normas generales de interpretación de los tratados recogidas en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados.<sup>524</sup> Esta sujeción, que ha sido asumida por el propio Tribunal Europeo,<sup>525</sup> mantiene no obstante especialidades.

La singularidad que aquí interesa es, como se anunció, el particular peso que el Tribunal Europeo atribuye, en el desempeño de su rol, a los *travaux préparatoires* como herramienta de interpretación del Convenio. Sobre esto ocurre que desde el Derecho de los Tratados de Viena, esto es, desde el régimen general aplicable a los tratados celebrados entre Estados,<sup>526</sup> la intencionalidad de los redactores viene consagrada como posible medio suplementario de clarificación del sentido de la interpretación. Es decir, lo acordado en las negociaciones previas determina el significado del contenido del tratado internacional cuando se hubiera recurrido a los medios primarios de interpretación sin llegar a un resultado concluyente.<sup>527</sup> Observar el peso que asigna el

---

<sup>522</sup> Esta labor vendría asignada por el propio Convenio Europeo que consagra al TEDH como órgano competente para interpretar y aplicar sus disposiciones y protocolos en su Artículo 32.

<sup>523</sup> En el CEDH concurren las características requeridas para atribuirse tal carácter. Esto es: con irrelevancia de su denominación o de si consta de un instrumento único o dos o más instrumentos, es un acuerdo internacional que ha sido celebrado por escrito entre Estados y se rige por el derecho internacional (Artículo 2 (1) (a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, concluida el 23 de Mayo de 1969, en vigor desde el 27 de enero de 1980).

<sup>524</sup> La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (CV69) consagra las normas que regirán la interpretación de los tratados internacionales en su Artículo 31, de las “Reglas generales de interpretación”; en su Artículo 32, de los “Medios suplementarios de interpretación”; y en su Artículo 33, de la “Interpretación de tratados autenticados en dos o más lenguas”.

<sup>525</sup> Ya en los tiempos del “viejo” Tribunal, en el *Asunto de Golder c. Reino Unido*, en el año 1975, se sentenciaba por primera vez que la interpretación del Convenio Europeo debía guiarse por el Derecho de los Tratados y ello, incluso, aunque la Convención de Viena de 1969 no hubiese entrado en vigor en aquel entonces ya que sus Artículos 31, 32 y 33 estarían enunciando en esencia principios de derecho internacional generalmente aceptados. El Tribunal se expresaba como sigue: “The submissions made to the Court were in the first place directed to the manner in which the Convention, (...) should be interpreted. The Court is prepared to consider, as do the Government and the Commission, that it should be guided by Articles 31 to 33 of the Vienna Convention of 23 May 1969 on the Law of Treaties. That Convention has not yet entered into force and it specifies, at Article 4, that it will not be retroactive, but its Articles 31 to 33 enunciate in essence generally accepted principles of international law to which the Court has already referred on occasion” (*Case of Golder v. The United Kingdom*, Judgment 21 February 1975, Series A no. 18, párr. 29).

<sup>526</sup> Siguiendo el tenor del Artículo 1 CV69: “The present Convention applies to treaties between States”.

<sup>527</sup> El Artículo 31 CV69 establece los medios primarios de interpretación de los tratados como sigue:

TEDH a los *travaux*, permitirá dilucidar si este órgano considera que la exclusión de la trata, en los tiempos de las negociaciones, sería un impedimento decisivo para arribar a la inclusión de su prohibición bajo el espectro del Convenio. Es justamente por ello que es lo propio determinar aquí la concreta entidad del poder vinculante de las negociaciones previas como medio interpretativo del contenido del Convenio Europeo. El resultado que arroja la contemplación de la jurisprudencia del Tribunal va a mostrar que esta valoración no será lineal.

Indagando para esclarecer el interrogante planteado, se observa que el Tribunal, en el ejercicio de su poder sentenciador y en consonancia con el Derecho de los Tratados de Viena, se ha valido del recurso fiel a los *travaux préparatoires* como medios suplementarios de interpretación, *i.e.*, como una guía aclaratoria de aquel contenido que los redactores habrían pretendido incluir o excluir del articulado del Convenio. Ciertamente, en la práctica, el TEDH ha acudido a ellos a modo de apoyo a la hora de determinar la línea interpretativa a seguir, llegando a dictaminar, en el caso concreto y tras examinar la intención originaria expresada en los primeros borradores, que los derechos confrontados no disfrutarían de cabida bajo la protección suministrada por el

---

“Regla general de interpretación:

1. un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por los demás como instrumento referente al tratado.

3. juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste de acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.”

A continuación, el Artículo 32 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados establece los medios interpretativos que complementarán a los anteriores, destacando particularmente el rol de los *travaux préparatoires*, bajo el siguiente tenor:

**“Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del Artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el Artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.”** (Resaltado añadido).



Convenio cuando hubiesen sido excluidos expresamente durante las crónicas de las negociaciones.<sup>528</sup>

La relevancia atribuida al momento creacional del instrumento ha sido en ocasiones de una magnitud tal que, incluso, el Tribunal ha vinculado el no reconocimiento de un derecho bajo la esfera del Convenio directamente a su previa inexistencia en la Declaración Universal de Derechos Humanos – recordemos, uno de los modelos referentes del Convenio –. En tal supuesto, el Tribunal ha considerado que el origen de una disposición del Convenio Europeo en su precepto equivalente de la Declaración Universal y la consecuente falta de referencia al derecho cuestionado en aquel instrumento por no haberse recogido en este último, sería en sí mismo un argumento a favor de mantener la validez y la legitimidad de la exclusión de un derecho o libertad del perímetro de una disposición del Convenio. Esto es, la previa no inclusión de un derecho en la Declaración Universal justificaría y apoyaría la posterior falta de intención por parte de los redactores de agregarlo al Convenio Europeo, lo cual sería a su vez un argumento utilizado por el Tribunal para no reconocer al derecho en cuestión como amparado bajo una disposición del Convenio al pronunciarse sobre el caso concreto.<sup>529</sup>

En lo hasta aquí expuesto, los *travaux préparatoires* se presentarían, en consonancia con el régimen general del Derecho de los Tratados de Viena, como medios de interpretación complementarios de carácter vinculante en el ámbito del Convenio

---

<sup>528</sup> En el *Asunto de Lithgow y otros c. Reino Unido* el Tribunal habrá seguido fielmente el régimen general de la Convención de Viena de 1969. Allí, ante una cuestión interpretativa, recurrirá a los *travaux préparatoires* en consonancia con lo estipulado en el Artículo 32 CV69. En concreto dirá: “[**The examination of the travaux préparatoires reveals that the express reference to a right to compensation contained in earlier drafts of Article 1 (P1-1) was excluded**”]. Y reiterando en el recurso a la intención de los redactores, continuará su examen entendiendo que: “[**Having regard to the negotiating history as a whole, the Court considers that this (...) must be taken as a clear indication that (...) was not intended to extend [the right]**”]. Finalmente, concluirá su argumentación basándose en las negociaciones previas, diciendo que: “[**The travaux préparatoires accordingly do not support the interpretation for which the applicants contended**” (Resaltado añadido) (*Case of Lithgow and others v. The United Kingdom*, Judgment 8 July 1986, Series A no. 102, párr. 117).

<sup>529</sup> En el *Asunto de Johnston y otros c. Irlanda*, el Tribunal Europeo descubre y vincula la falta de intención de incluir un derecho en el Convenio Europeo a su previa inexistencia en el catálogo consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, considerando que la no incorporación inicial en 1948 sería motivo de su exclusión posterior en el momento de redacción del Convenio Europeo. Basándose en esto, el Tribunal examinaría la línea interpretativa del Artículo 12 del Convenio, declarando que el precepto, tal y como viene recogido, “[**is consistent with its object and purpose as revealed by the travaux préparatoires**”] y ello puesto que “[**was based on that of Article 16 of the Universal Declaration of Human Rights**”] lo que lleva a concluir que “[**the travaux préparatoires disclose no intention to include in Article 12 (art. 12) any guarantee of a right to have the ties of marriage dissolved by divorce**” (Resaltado añadido) (*Case of Johnston and others v. Ireland*, Judgment 18 December 1986, Series A no. 112, párr. 52).

Europeo. En sintonía con este papel, la intención de los redactores de incluir o excluir un derecho sería no sólo un criterio interpretativo válido sino, yendo más allá, sería un criterio decisivo en la posible determinación ulterior de la cabida de un derecho o de una libertad en el cuerpo del instrumento. Bajo este prisma, el estado de las cosas no parecería muy alentador para hacer viable la consecución del reconocimiento de un derecho a vivir libre de la trata de seres humanos en el ámbito del Convenio, ya que, ni la Declaración Universal, primero, ni los *travaux préparatoires*, después, habrían centrado en tal menester la atención de sus disposiciones. Así las cosas, una rigurosa lectura de estos términos podría parecer atribuir al Convenio un carácter tendencialmente estático el cual, por ello, difícilmente vería evolucionar el contenido de sus disposiciones ante el silencio o la oposición de sus redactores.

Justamente, esta última idea es lo que corresponde poner en claro. Esto es, incumbe esclarecer si en el ámbito de los tratados internacionales de derechos humanos se entiende que el cuerpo de derechos consagrados es ideado para permanecer estático o si, por el contrario, se asume que debe disfrutar de una cierta flexibilidad. La respuesta a esta cuestión determinaría la intensidad del factor impeditivo que supone la falta de alusión originaria a la prohibición de la trata de personas en el texto del Convenio Europeo, permitiendo dilucidar hasta qué punto esta exclusión inicial sería insuperable.

#### 2.1.2. La superación del carácter tendencialmente estático de los tratados internacionales en el CEDH

Profundizar sobre la cuestión de la posible invariabilidad del contenido del Convenio Europeo desde su prima concepción por sus redactores, requiere llamar la atención sobre la presencia de una discrepancia existente en el ámbito general de los tratados internacionales entre, de un lado, las cualidades propias de estos instrumentos y, de otro lado, las cualidades del medio en el que desarrollan su actuación.

En relación a las cualidades que le son propias se destaca cómo, una vez concluidos, los tratados internacionales tienden a permanecer formalmente estáticos puesto que la realización de posteriores enmiendas, aunque es posible, llega a ser difícil en la práctica. Esto contrastaría con las cualidades del medio en el que desarrollan su actuación que vendrá caracterizado por su tendencia evolutiva donde la realidad económica, política, cultural y tecnológica en la que estos instrumentos operan es cambiante. Es por ello que, dada esta situación y con vistas a solventar tal antagonismo, se subraya que se requiere

de la puesta en práctica de una capacidad de adaptación para que los tratados internacionales sean permanentemente efectivos.<sup>530</sup> Será con motivo de la existencia de esta contradicción que se admite específicamente que los tratados internacionales que tienen por objeto y finalidad la protección de los derechos humanos deban ser interpretados de una manera dinámica, tomándose en consideración las condiciones sociales y los avances emergentes, puesto que las ideas y las condiciones predominantes en el tiempo de su redacción difícilmente continuarían siendo válidas.<sup>531</sup>

La conclusión extraíble es ampliamente reconocida, a saber, los tratados internacionales que asumen por objeto la protección de los derechos humanos no podrían permanecer estancos o incomunicados con respecto a la realidad o medio sobre el que han de actuar si pretenden garantizar la efectiva protección de los derechos de los individuos bajo ellos guarecidos a lo largo del tiempo y frente a amenazas no consideradas como tales, o difícilmente previsibles, en el momento de su elaboración. Este desenlace trae consigo la oposición de quienes, desde una visión *originalista*, mantienen su rechazo a lo que considerarían dar rienda suelta a un *creacionismo* de los jueces, al entenderse que tal actuar sería contrario a la legítima intención de los redactores quienes no habrían previsto la alternativa a tal evolución en el momento negociador.<sup>532</sup> Esto último al estilo, por ejemplo, de la previsión de la alternativa hacia la evolución que se había previsto con la introducción de la cláusula “como mínimo” en la enumeración de los tipos de explotación de la definición de la trata de personas del Protocolo de Palermo, la cual permitiría la adaptabilidad del precepto a futuras manifestaciones no inicialmente comprendidas.

George Letsas subraya que parte de lo que motiva a las teorías *originalistas* es el miedo a la creatividad judicial conjuntamente con ideas de legitimidad democrática. En el ámbito internacional, esto se traduciría en la conveniencia, en caso de controversia en

---

<sup>530</sup> Sondre Torp Helmersen, “Evolutive Treaty Interpretation: Legality, Semantics and Distinctions”, *European Journal of Legal Studies* 6, Issue 1 (Spring/Summer 2013): 129 y 130.

<sup>531</sup> Clare Ovey and Robin White citando al juez Bernhardt en R. Bernhardt, “Thoughts on the interpretation of human-rights treaties”, en. *Protecting Human Rights: The European Dimension*. Studies in Honour of Gérard J. Wiarda, ed. Franz Matscher, and Herbert Petzold, (Köln: C. Heymanns Verlag, 1988): 65-71, p. 70-1. (Ovey and White. *Jacobs & White*, 55).

<sup>532</sup> Letsas ha resaltado que en el ámbito del TEDH, en el *Asunto de Golder c. Reino Unido*, el juez Sir Gerald Fitzmaurice, en su opinión separada se pronunciaba expresamente sobre este respecto declarando que el único caso en el que un tribunal internacional estaría facultado para sustituir a los redactores, sería si los Estados Parte hubieran querido delegar claramente este poder, lo cual no parecería haber sido el caso en la CEDH (George Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights* (New York: Oxford University Press, 2007), 64 y 65).

la aplicación de un tratado, de acudir al consentimiento de los Estados como fuente válida de sus obligaciones sin permitir a jueces individuales imponer nuevas obligaciones sobre Estados soberanos. No obstante, el autor subraya que la legitimación democrática o la soberanía estatal no serían los únicos valores considerables al justificar una disposición legal, siendo la naturaleza de los derechos humanos fundamentales la que suministra las condiciones bajo las que deberá considerarse legítimo el consentimiento de los Estados.<sup>533</sup> En este sentido, a pesar del evidente peso del argumento *originalista*, parece que esta postura que, como comenta Letsas, mantendría que la interpretación de la ley debe aislarse de la evolución y que los jueces no deberían ser quienes decidieran qué interpretación ofrecería un mejor entendimiento desde un punto de vista jurídico ya que la opción interpretativa a defender requiere de una justificación normativa,<sup>534</sup> parecería no estar en completa armonía con la esencia de los tratados internacionales de derechos humanos.

Justamente en relación a esto, el Tribunal Europeo ha declarado que en la interpretación del Convenio Europeo habrá de tenerse en cuenta la especialidad de su objeto y finalidad. Esto es así puesto que, a diferencia de los tratados internacionales clásicos, éste sería un instrumento concebido para la protección colectiva de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de los individuos.<sup>535</sup> Este carácter especial, derivado de las particularidades de su objeto y finalidad, requerirá que sus disposiciones sean interpretadas y aplicadas en tal forma que sus salvaguardias sean prácticas y efectivas puesto que el Convenio no habría sido concebido para garantizar derechos teóricos o ilusorios sino que, al contrario, su diseño se debería a la protección del individuo de manera real en las áreas que ocupa.<sup>536</sup> Teniendo esto en cuenta, dar

---

<sup>533</sup> Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, 72, 73.

<sup>534</sup> Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, 69.

<sup>535</sup> En palabras del Tribunal: “In interpreting (...) key provisions [the Court] must have regard to the **special character of the Convention as a treaty for the collective enforcement of human rights and fundamental freedoms**”, “[u]nlike international treaties of the classic kind, **the Convention comprises more than mere reciprocal engagements between Contracting States. It creates, over and above a network of mutual, bilateral undertakings, objective obligations which**, in the words of the Preamble **benefit from a ‘collective enforcement’**” (*Case of Loizidou v. Turkey*, (preliminary objections), Judgment 23 March 1995, Series A no. 310, párr. 70, en relación al *Case of Ireland v. The United Kingdom*, 18 January 1978, Series A no. 25, p. 90, para. 239).

<sup>536</sup> Siguiendo al TEDH: “[T]he object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings **requires that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective**”. “The Convention is intended to **guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective**”, “[the Convention] is designed to **safeguard the individual in a real and practical way as regards those areas with which it deals**” (Resaltado añadido) (*Vid inter alia, Case of Loizidou v. Turkey*, párr. 72; *Case of Airey v. Ireland*, Judgement 9 October 1979, Series A no. 32, párr. 24 y 26).

cumplimiento a su propósito obligaría, en palabras de Letsas, a atender a las intenciones más abstractas de los redactores y justificaría por qué no deben interpretarse sus disposiciones en los términos concretos establecidos en su momento creacional.<sup>537</sup>

Siguiendo este razonamiento, cumplir con el objeto y finalidad del Convenio supondrá dotar de flexibilidad a este tratado de derechos humanos. Esto implicaría la superación de la oposición de base entre la inflexibilidad característica de los tratados y la realidad en continua transformación en la que operan. Para ello, se recurrirá a técnicas dirigidas a impedir que el transcurso del tiempo lo vuelva caduco, en el sentido de incapaz de asistir a su objeto y finalidad. Y es que, en este caso particular, el posible anquilosamiento no sería ajeno al Convenio Europeo, el cual, desde su entrada en vigor no ha visto reformado su Título I ocurriendo que su tenor permanece incólume desde su prima concepción.<sup>538</sup> Por ello, como se verá a partir de ahora, se habría terminado por poner de relieve la conveniencia de que el Tribunal buscara fórmulas capaces de proporcionar protección a los individuos frente a amenazas que recaen sobre sus derechos humanos cuando estos sean encuadrables en las disposiciones del Convenio y cuando aquellas hubieran sido difíciles de intuir en la realidad correspondiente al momento creacional o cuando no fueron tomadas en consideración al priorizarse agilizar la aceptación del tratado por los, en aquel entonces, futuros Estados Miembros.

### 2.1.3. El cambio en la valoración de la falta de inclusión de un derecho humano o libertad fundamental en los *travaux préparatoires*

La necesidad de satisfacer el objetivo y finalidad del Convenio Europeo de asegurar la salvaguarda de los derechos humanos y las libertades fundamentales allí consagrados de manera real y efectiva, llevará al Tribunal Europeo a hacerse eco de la inconveniencia de interpretar sus disposiciones valorando como determinante a la intención originaria de sus redactores, datada del año 1950, la cual, no prevería una capacidad de evolución del texto. Lo contrario supondría imposibilitar la superación del carácter tendencialmente estático del Convenio, por todo lo cual, el Tribunal matizará el peso

---

<sup>537</sup> Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, 73 y 74.

<sup>538</sup> Si bien se han hecho adiciones al texto del CEDH en numerosas ocasiones a través de la incorporación de protocolos, los derechos humanos y las libertades fundamentales protegidos en el Título I no han visto modificación alguna desde la formulación inicial del Convenio. En los siguientes links se pueden comparar las aportaciones que vendrán de la mano de la adición de sucesivos protocolos ([http://www.echr.coe.int/Documents/Library\\_Collection\\_ProtocolsTable\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Library_Collection_ProtocolsTable_ENG.pdf)) con el texto original del Convenio ([http://www.echr.coe.int/Documents/Collection\\_Convention\\_1950\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Collection_Convention_1950_ENG.pdf) [Consultado el 20 de julio 2017]).

atribuido a las negociaciones previas con vistas a satisfacer en el tiempo el propósito perseguido.

En consonancia con tal parecer, en sede del Tribunal se ha expresado en varias ocasiones que la clarificación de las disposiciones del Convenio no puede basarse exclusivamente en la visión proporcionada por unos *travaux préparatoires* elaborados bajo unas circunstancias muy peculiares<sup>539</sup> y ello, más aún, cuando se materializan como un obstáculo para el desarrollo de áreas donde hay una obvia necesidad de extender la protección garantizada por un precepto a los individuos.<sup>540</sup>

Esta evolución en la valoración de las negociaciones previas, a raíz de la cual éstas dejarán de presentarse como un medio interpretativo decisivo, se traducirá en que el mero hecho de que un derecho no haya sido previsto por los redactores dejará de ser un impedimento absoluto para que se entienda garantizado por el Convenio.<sup>541</sup> Incluso, yendo más allá de que el silencio inicial de los redactores no sea valorado como un dato crucial, ocurrirá que los supuestos de exclusión deliberada de un derecho no conllevarán en todo caso que el mismo quede completamente fuera del ámbito del Convenio. Esto acontecerá, concretamente, cuando la construcción del precepto ya contenido en el

---

<sup>539</sup> La diferencia entre las condiciones concurrentes en el tiempo de las negociaciones del contenido del Convenio y las condiciones actuales ha sido puesta de relieve en sede del Tribunal Europeo donde se ha subrayado que esta discrepancia entre las circunstancias de antes y las circunstancias de ahora trae aparejada un cambio en las preocupaciones imperantes en la Europa actual. En tal sentido el TEDH ha manifestado que: “Whilst the preparatory work in respect of the Convention shows a special concern of the founding fathers for the protection of civil and political rights on a continent recently devastated by war and the concomitant grave human rights breaches, that concern does not correspond to the circumstances of Europeans today” (Resaltado añadido) (*Case of Konstantin Markin v. Russia*, Judgment 22 March 2012, Reports of Judgments and Decisions 2012, Partly concurring, partly dissenting opinion of Judge Pinto de Albuquerque).

<sup>540</sup> Por ejemplo, en el *Asunto de Loizidou c. Turquía* el Tribunal mantenía que las disposiciones no podían “be interpreted solely in accordance with the intentions of their authors as expressed more than forty years ago” resaltando que junto con el hándicap que representaría el transcurso del tiempo se agregaría que los *travaux préparatoires* se desarrollaron “at a time when a minority of the present Contracting Parties adopted the Convention” por lo que “such evidence could not be decisive” (*Case of Loizidou v. Turkey*, párr. 71). En sintonía con esta sentencia, en el *Asunto de Ferrazzini c. Italia*, algunos jueces recordaban durante la reflexión de su opinión disidente que “it is hard to accept that the *travaux préparatoires*, dating more than fifty years back and partly based on preconditions that have not been fulfilled or are no longer relevant should remain a permanent obstacle to a reasonable development of the case-law concerning the scope [of the provision] – in particular in areas where there is an obvious need to extend the protection granted by that Article to individuals” (Resaltado añadido) (*Case of Ferrazzini v. Italy*, Judgment 12 July 2001, Reports of Judgments and Decisions 2001-VII, Dissenting opinion of Judge Lorenzen joined by Judges Rozakis, Bonello, Stráznická, Birsan y Fischbach, párr. 4).

<sup>541</sup> El Tribunal Europeo, admitiendo esta posibilidad, ha expresamente sentenciado que: “The mere fact that a body was not envisaged by the drafters of the Convention cannot prevent that body from falling within the scope of the Convention” (Resaltado añadido) (*Case of Matthews v. The United Kingdom*, Judgment 18 February 1999, Reports of Judgments and Decisions 1999-I, párr. 39).

Convenio – propuesta, en su día, por los *travaux préparatoires* – haya excluido un derecho que golpearía la sustancia misma de la libertad para cuya garantía fue diseñado.<sup>542</sup>

Con este giro, parecería levantarse *a priori* el primer obstáculo que supondría la falta de referencia originaria a la prohibición de la trata de personas en los tiempos de negociación del Convenio Europeo pudiendo optarse a garantizar la protección de los individuos azotados por su flagelo ya que, el mero hecho de que los redactores no previesen o, incluso, deliberadamente omitiesen el reconocimiento de una libertad dentro de los parámetros de una de sus disposiciones, no la excluiría necesariamente de su ámbito de garantía.

Los datos hasta aquí expuestos confirman la existencia de la discontinuidad en la valoración del poder vinculante de las negociaciones previas como medio interpretativo del contenido del Convenio Europeo que fue inicialmente anunciada. Esta producción de jurisprudencia disonante no es ajena al Tribunal Europeo quien no se rige en todo caso por el precedente marcado en sus pronunciamientos anteriores. No obstante, matizando el recurso a esta posibilidad, se ha recordado en su sede y desde la doctrina que, en aras de la defensa del reinado de la seguridad jurídica, de la igualdad ante la ley, de la separación de poderes y del imperio de la ley, el precedente es seguido con la única excepción de aquellos casos donde razones convincentes obligan a ajustar la

---

<sup>542</sup> En el *Asunto de Young, James y Webster c. Reino Unido* el Tribunal Europeo debía determinar si en el Artículo 11 del CEDH la garantía de la libertad de asociación incluía, junto con la vertiente positiva del derecho consistente en asociarse, un “derecho negativo” de no ser obligado a unirse a una asociación. El gobierno alegaba que la vertiente negativa no estaba garantizada por cuanto este derecho había sido deliberadamente excluido del Convenio en *los travaux préparatoires*. El tenor era el siguiente: “On account of the difficulties raised by the ‘closed-shop system’ in certain countries, **the Conference in this connection considered that it was undesirable to introduce into the Convention a rule under which ‘no one may be compelled to belong to an association’** which features in [Article 20 par. 2 of] the United Nations Universal Declaration”. En respuesta, el TEDH resolvería considerando que el derecho a unirse en asociación es un aspecto particular de la libertad de asociación y que la noción de libertad implica cierto grado de libertad de elección. Y añadió que, incluso siguiendo el pasaje de *los travaux préparatoires* y, por lo tanto, aceptando que el Artículo 20 apartado 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos fue omitido deliberadamente y que, por ello, no podría considerarse consagrado en el CEDH, eso no implicaba que el aspecto negativo de la libertad de asociación de una persona cayese completamente fuera del ámbito del Artículo 11 y que la obligatoriedad de unirse a una asociación fuese compatible con la finalidad de la disposición. Tomando la frase clave en el tenor del TEDH: “[P]ermitting every kind of compulsion in the field of trade union membership **would strike at the very substance of the freedom it is designed to guarantee**”. Por ello sentenciaría que, en sentido contrario a la voluntad de los redactores, habría una interferencia con aquella libertad al amparo del Convenio aunque ésta hubiera sido inicialmente excluida (Resaltado añadido) (*Case of Young, James and Webster v. The United Kingdom*, Judgment 13 August 1981, Series A no. 44, párr. 51, 52 y 55).

interpretación del Convenio a cambios acaecidos en los valores de la sociedad o en las condiciones actuales.<sup>543</sup>

A raíz de lo avanzado, y visto que el TEDH podría estimar comprendido en el Convenio Europeo a un derecho humano o a una libertad fundamental no previstos o, incluso, intencionalmente excluidos por los redactores, cabría preguntarse por la aptitud de este órgano para adoptar este tipo de valoraciones. A continuación, se verá que esta capacidad vendrá posibilitada por la propia estructura del sistema regional europeo de protección de los derechos humanos que faculta al Tribunal a recurrir a una interpretación de las disposiciones del Convenio considerando la realidad cambiante en la que operan estos preceptos.

#### 2.1.4. La estructura del sistema europeo de protección de los derechos humanos como validador del TEDH para introducir la doctrina de la interpretación evolutiva

Cuando el Tribunal Europeo busque garantizar un derecho humano o una libertad fundamental no incorporados originariamente en el Convenio, creará fórmulas para favorecer su encuadre en la disposición pertinente. Será a través de estas técnicas utilizadas por el TEDH que se permitirá dotar al Convenio Europeo de una capacidad para adaptarse, favoreciendo su flexibilidad y cumpliendo, como resultado, con su objetivo de velar por la protección real y efectiva de los derechos humanos de los individuos.

Este procedimiento mediante el cual el Tribunal perfila el contorno del Convenio, facultándolo a cubrir violaciones de derechos humanos que, aunque inicialmente no fueron previstas, tendrían cabida en sus disposiciones, se ve posibilitado por la propia

---

<sup>543</sup> Vid Luzius Wildhaber, “The European Court of Human Rights: The Past, The Present, The Future” *American University International Law Review* 22, No 4 (2007): 524 y 525.

O, igualmente, *vid*, en la jurisprudencia del TEDH cómo éste ha dictaminado que sus pronunciamientos, en conformidad con los principios de seguridad jurídica, previsibilidad e igualdad ante la ley, no deben alejarse del precedente marcado sin una buena razón como sería permitir la realización de reformas o mejoras (*Case of Demir and Baykara v. Turkey*, Judgement 12 November 2008, Reports of Judgments and Decisions 2008, párr. 153). Sin embargo, hay que tener en cuenta que el debate es más profundo, y en sede del propio Tribunal se han aducido argumentos contra la conveniencia de desviarse del precedente sin dotar a tal maniobra de unos requisitos determinados. En concreto, si bien se entiende que alejarse de los pronunciamientos previos sería coherente con la práctica del Tribunal, tal desviación del precedente plantea otras dificultades. Así, se ha cuestionado la ausencia de *vacation legis* sobre los nuevos pronunciamientos que invertirán el precedente, poniéndose de relieve que esta nueva interpretación generará una nueva ley cuya aplicación retroactiva podría ser problemática con respecto a los principios de previsibilidad y seguridad jurídica, ocurriendo, además, que la aceptación de una nueva interpretación “invertida” de forma automática, sin recurrir a provisiones transitorias donde se estipule el tiempo en el que el derecho en cuestión “llegue a ser” esencial, sería inconveniente (*Vid Case of Demir and Baykara v. Turkey*, Separate Opinion of Judge Zagrebelsky; párr. 3, 4, 7, 8).



estructura del sistema regional europeo de protección de los derechos humanos. Esto es así puesto que, como ha sido subrayado, el sistema regional europeo es un ordenamiento jurídico que no puede identificarse exclusivamente con la letra del Convenio. Yendo más allá, este ordenamiento se ha configurado progresivamente a través del proceso por el cual el Tribunal otorga justicia en base a las disposiciones del Convenio de manera que su jurisprudencia resultante completa gradualmente el texto y lo desarrolla. Dragoljub Popović afirma que esta estructura es un reflejo de la naturaleza mixta de este Tribunal que viene influenciado por dos sistemas legales, a saber, el anglosajón y el continental europeo,<sup>544</sup> lo cual lleva a valorar con un peso equilibrado tanto la letra del Convenio Europeo como la actividad jurisprudencial del Tribunal cuando perfila los derechos amparados bajo el espectro protector del sistema europeo. En este sentido, en muestra de tal carácter indisociable, el propio Tribunal ha manifestado que para los propósitos del Convenio, el término *ley* abarcará tanto las promulgaciones en vigor como su respectiva interpretación por el tribunal competente.<sup>545</sup>

Aquí, como señala Dröge, la finalidad perseguida por el Convenio – la protección colectiva de derechos humanos y las libertades fundamentales de los individuos –, será el fundamento legitimador de la actuación del Tribunal de completar y desarrollar gradualmente sus disposiciones en aras de la satisfacción del principio de efectividad, esto es, en interés de ajustar los preceptos del Convenio a la realidad centrándose en un entendimiento adecuado de la protección de los derechos humanos contra las amenazas imperantes en la realidad social.<sup>546</sup> En este mismo sentido, el propio Tribunal afirma que es a él a quien corresponde el deber de elucidar, salvaguardar y desarrollar las reglas establecidas en el Convenio con la intención de lograr la realización de las finalidades del tratado. Es decir, con vistas a conseguir la satisfacción del propósito primario de proporcionar una reparación al individuo, aunque no únicamente, sino que también, con el fin de resolver problemas de orden público en base al interés común incrementando, para ello, los estándares generales de protección de los derechos

---

<sup>544</sup> Popović, *European Human Rights Law*, 58 y 59.

<sup>545</sup> En el *Asunto de Kruslin v. France*, el TEDH sentenciaría: “In a sphere covered by the written law, the “law” is the enactment in force as the competent courts have interpreted it in the light, if necessary, of any new practical developments” (*Case of Kruslin v. France*, Judgement 24 April 1990, Series A no. 176-A, párr. 29).

<sup>546</sup> Cordula Dröge, *Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, en *Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, Band 159 (Berlin-Heidelberg: Springer-Verlag, 2003), 386.

humanos y extendiendo la jurisprudencia en materia de derechos humanos a través de la comunidad de los Estados Parte.<sup>547</sup>

Será esta configuración del sistema europeo de protección de los derechos humanos la que permitirá al Tribunal, bajo requisitos y límites, delimitar las fronteras del alcance del Convenio dando forma a su aptitud de adaptación a través de la introducción y puesta en práctica de la *doctrina de la interpretación evolutiva*.<sup>548</sup> La introducción en sede del Tribunal de esta técnica interpretativa supondrá considerar al Convenio Europeo como un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales.<sup>549</sup> Este principio, en su búsqueda de adaptar al Convenio a las condiciones imperantes en la actualidad, complementaría al principio de efectividad de los derechos y libertades allí consagrados.<sup>550</sup>

Las justificaciones esgrimidas para demostrar lo apropiado de utilizar la interpretación dinámica en el sistema regional europeo se dirigen a explicar que su uso no observaría traba. Así, por un lado, desde la perspectiva del TEDH, este órgano estaría capacitado por este ordenamiento jurídico para interpretar y completar al Convenio velando por su efectividad. Y, por otro lado, en cuanto al CEDH, en él confluirían determinados factores considerados idóneos para recurrir a una interpretación dinámica de los preceptos de un tratado internacional. En concreto, primero, se identificaría la existencia de una dificultad de realizar enmiendas al texto – puesta de relieve en la ausencia de modificaciones del Título I –. Asimismo, concurriría la intención de proporcionar una protección de tipo universal y efectiva sobre los derechos consagrados, preservándolos y desarrollándolos – declarada en el preámbulo del Convenio Europeo –.<sup>551</sup> Finalmente, participaría la conformidad del objeto y

---

<sup>547</sup> *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, párr. 197 y 201.

<sup>548</sup> Sondre Torp Helmersen ha destacado que caben múltiples sinónimos de “interpretación evolutiva” como, por ejemplo, “interpretación dinámica”, o doctrina del “instrumento vivo” o “interpretación progresiva” (Helmersen, “Evolutive Treaty Interpretation”, pie de página 1).

<sup>549</sup> La primera referencia a la doctrina de la interpretación evolutiva en sede del TEDH se haría en 1978 en el *Asunto de Tyrer c. Reino Unido* al dictaminar que: “The Court must also recall that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions” (*Case of Tyrer v. The United Kingdom*, Judgment 25 April 1978, Series A no. 26, párr. 31).

<sup>550</sup> Dröge, *Positive Verpflichtungen der Staaten...*, 386.

<sup>551</sup> “Considering that this Declaration aims at securing the **universal and effective recognition and observance of the Rights** therein declared; [and] that the aim of the Council of Europe is the achievement of greater unity between its members and that one of the methods by which that aim is to be pursued is the **maintenance and further realisation of Human Rights and Fundamental Freedoms**” (Resaltado añadido) (Preámbulo CEDH).

finalidad de este instrumento – el cual requiere que la protección de los derechos sea real y efectiva y no teórica e ilusoria –.<sup>552</sup>

Tomando esto como base, desde la doctrina se ha expuesto que cuando el Tribunal interpreta evolutivamente al Convenio Europeo sí estaría siguiendo las reglas generales de interpretación del Derecho de los Tratados y no alejándose de ellas. Lo que ocurre es que priorizaría a los medios primarios ante los *travaux préparatoires*, que no serían más que meros medios suplementarios de interpretación. Esto sería así por dos motivos. Primero, porque entre los factores que muestran la idoneidad de recurrir a la interpretación evolutiva del Convenio se encuentra la declaración hecha en su preámbulo por la que habrá de protegerse a los derechos consagrados *preservándolos* y *desarrollándolos*, lo cual implicará, respectivamente, que se asegure su efectividad ante circunstancias cambiantes y que se extienda el alcance de las garantías del tratado. Y, como es sabido, el preámbulo de un tratado internacional disfruta de carácter de *contexto* siguiendo al Derecho de los Tratados de Viena y, como tal, es un medio primario de interpretación.<sup>553</sup> Segundo, porque otro de los factores que recomienda acudir a una interpretación evolutiva del Convenio es su objeto y finalidad, el cual requiere que la protección de los derechos sea real y efectiva a lo largo del tiempo, lo que demandará una interpretación dinámica de sus disposiciones. Nuevamente se estaría aquí ante un medio primario, la interpretación teleológica,<sup>554</sup> previsto en el Derecho de los Tratados.<sup>555</sup>

Todo esto es importante, y no está fuera de discurso puesto que lo que aquí se intenta identificar es si la prohibición de la trata de personas puede considerarse amparada bajo el CEDH y cómo y bajo qué fundamento. Lo que es relevante retener es que la trata de personas no fue sólo omitida sino expresamente descartada por los *travaux préparatoires* del Convenio y, aunque esto no es un impedimento absoluto para

---

<sup>552</sup> Vid David McKeever, “Evolving interpretation of Multilateral Treaties: ‘Acts Contrary to the Purposes and Principles of the United Nations’ in the Refugee Convention”; *International and Comparative Law Quarterly* 64 (2015): 408 y 409. [http://journals.cambridge.org/abstract\\_S0020589315000032](http://journals.cambridge.org/abstract_S0020589315000032) [Consultado el 20 de julio de 2017].

<sup>553</sup> “Un tratado debe ser interpretado en (...) su contexto (...)” entendiéndose que “[e]l contexto a efectos de interpretación de un tratado debe comprender, además del texto, su preámbulo y anexos” (Artículo 31 (2) CV69).

<sup>554</sup> “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin” (Artículo 31 (1) CV69).

<sup>555</sup> Jean Paul Costa *et al.* *Dialogue between judges, What are the limits to the evolutive interpretation of the Convention?* European Court of Human Rights, Strasbourg, 2011, pp. 6 y 7. [http://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue\\_2011\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2011_ENG.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017]; McKeever, “Evolving interpretation of Multilateral Treaties”: 407.

que se la considere allí comprendida según lo que se vio más arriba con respecto al cambio en el peso asignado a las negociaciones previas, superar tal impedimento requeriría que se la pudiese incluir en el ámbito del CEDH en virtud de aquellos medios primarios de interpretación que justifican el recurso a una interpretación evolutiva.

Sobre la llegada de la doctrina de la interpretación evolutiva a la jurisprudencia del Tribunal Europeo, Graham Zellick comentaba, en clave anecdótica, que ésta fue percibida en su surgimiento como la terminación de un período en el que sus jueces actuaban con gran prudencia por temor a perder la confianza de los Estados Parte y dañar, en consecuencia, el futuro del Convenio.<sup>556</sup> Será a partir de esta inclusión, que los *travaux préparatoires* tendrán que encontrar un equilibrio con el enfoque evolutivo de manera que en su interacción práctica, a la hora de aclarar si una libertad estaría incluida o excluida del Convenio, el peso de los primeros será modulado por el recurso al segundo. En esta relación, la técnica consistente en interpretar al Convenio como un instrumento vivo, que supondrá que habrá de concebirse bajo el prisma de las condiciones actuales imperantes en las sociedades democráticas de los Estados Parte,<sup>557</sup> podrá anteponerse a la simple imprevisión de una libertad por parte de los redactores, la cual no constituiría, por sí misma, oposición suficiente.<sup>558</sup> Este constructo, guardaría coherencia con la jerarquía que ordena a los medios de interpretación establecidos en el Derecho de los Tratados, anteponiendo a aquellos considerados primarios sobre los previstos como complementarios. Como comentaría McKeever, esta aproximación no sugeriría desviarse del sistema de interpretación del Derecho de los Tratados de Viena convirtiendo en insignificantes a los *travaux préparatoires*, sino que supondría reflejar la evolución del significado de un término en la interpretación del precepto.<sup>559</sup>

---

<sup>556</sup> Graham Zellick, "Corporal Punishment in the Isle of Man", *International and Comparative Law Quarterly* 27 Issue 3 (Jul.1978): 665.

<sup>557</sup> Siguiendo al TEDH: "The Court has also recognised the **need to construe the European Convention on Human Rights in the light of modern-day conditions** obtaining in the democratic societies of the Contracting States and **not solely according to what might be presumed to have been in the minds of the drafters** of the Convention" (Resaltado añadido) (*Case of Feldbrugge v. The Netherlands*, Judgment 29 May 1986, Series A no. 99, Joint dissenting opinion of Judges Ryssdal, Bindschedler-Robert, Lagergren, Matscher, Sir Vincent Evans, Bernhardt and Gersing, apdo. 4; *Case of Deumeland v. Germany*, Judgment 29 May 1986, Series A no. 100, apdo. 4; con referencia al *Case of Marckx v. Belgium*, Judgment 13 June 1979, Series A no. 31, p. 19, párr. 41).

<sup>558</sup> En palabras del TEDH: "That **the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions** is firmly rooted in the Court's case-law", "[t]he mere fact that a body was not envisaged by the drafters of the Convention cannot prevent that body from falling within the scope of the Convention" (Resaltado añadido) (*Case of Matthews v. The United Kingdom*, párr. 39).

<sup>559</sup> McKeever, "Evolving interpretation of Multilateral Treaties": 414.

Como mero apunte de interés hay que comentar que el enfoque dinámico es susceptible de aplicarse a las disposiciones sustantivas del Convenio, aunque no únicamente,<sup>560</sup> y, por lo tanto, al Título I que no ha sido enmendado desde su concepción. Esto le permitiría evolucionar y adaptarse a las circunstancias actuales de los europeos,<sup>561</sup> lo cual se ha considerado que estaría en consonancia con la intención de los padres fundadores.<sup>562</sup> La relevancia de señalar que esta doctrina es aplicable al Título I del CEDH reside en que es en éste donde se consagra el Artículo 4 sobre la prohibición de la esclavitud, de la servidumbre y del trabajo forzoso.

#### 2.1.5. Resolviendo el primer interrogante

Concluyendo con la actual exposición, un compendio de lo explicado responderá a la primera cuestión planteada de cómo o de qué manera la prohibición de la trata de personas, a pesar de no haberse incluido en el Convenio Europeo de manera originaria es, a presente, una materia susceptible de ser resguardada bajo la tutela del mismo.

A este respecto, se ha visto que el hecho de que la prohibición de la trata de personas se omitiera o que, incluso, se descartara intencionalmente durante los *travaux préparatoires*, no constituirá un factor determinante para su exclusión posterior del cuerpo del Convenio de manera continua en el tiempo. Esto ocurriría porque tanto el preámbulo del CEDH, que llama a proteger y a desarrollar los derechos consagrados, como su objeto y finalidad, que demanda que los derechos y libertades resguardados sean protegidos de manera real y efectiva, piden superar su carácter tendencialmente estático. Para lograr tal mandato, se recurre a la doctrina del instrumento vivo como técnica capaz de adaptarlo a las circunstancias actuales a través de la jurisprudencia del TEDH. Esta necesidad de adecuar el Convenio a escenarios más contemporáneos

---

<sup>560</sup> La aplicación de la doctrina del instrumento vivo no se limita a ellas. En palabras del TEDH en el *Asunto de Loizidou c. Turquía*, este método interpretativo “is not confined to the substantive provisions of the Convention, but **also applies to those provisions**, such as Articles 25 and 46 (...), **which govern the operation of the Convention’s enforcement machinery**” (Resaltado añadido) (*Case of Loizidou v. Turkey*, párr. 71).

<sup>561</sup> Siguiendo al TEDH: “[T]he nature of the Convention as a “living instrument”, (...) evolves and adapts to the actual circumstances of Europeans” (*Case of Konstantin Markin v. Russia*, Partly concurring, partly dissenting opinion of Judge Pinto de Albuquerque).

<sup>562</sup> El TEDH ha recordado que: “**The petrification of the Convention** would not only depart from the common rules of treaty interpretation, which leave a supplementary role to the preparatory work and give preference to the letter, purpose and object of the provision (see Article 31 § 1 of the Vienna Convention on the Law of Treaties): it would also ultimately **disregard the true intention of the founding fathers, namely to create an instrument for the guarantee of rights that are practical and effective, not theoretical and illusory**” (Resaltado añadido) (*Case of Konstantin Markin v. Russia*, Partly concurring, partly dissenting opinion of Judge Pinto de Albuquerque).

posiciona, *a priori*, a la prohibición de la trata de personas como candidata a ser introducida en sus disposiciones a través del recurso a la interpretación evolutiva. Esto puede afirmarse así puesto que, dicho en simpleza, la trata de personas que fue rechazada en 1950 poco tiene que ver con la trata de personas tal y como es concebida en la actualidad. En efecto, como se ha expuesto largamente, se habría pasado de asimilársela al proxenetismo o a la intermediación en la prostitución en un sentido amplio y de percibírsela fundamentalmente como un delito, a entenderse compuesta de tres elementos, como una figura autónoma no equiparable a sus finalidades de explotación, y aceptando que constituye tanto un delito como una violación de derechos humanos.

Indudablemente, esto parecería ser un buen indicio de partida para que el Tribunal Europeo se planteara un alejamiento del precedente marcado en su jurisprudencia consistente en otorgar un peso determinante a las negociaciones previas puesto que podría mantenerse, en un primer acercamiento, que aquí concurrirían razones convincentes para ajustar la interpretación del Convenio a cambios acaecidos en los valores de la sociedad o en las condiciones actuales. Con todo ello, se resuelve cumplidamente el primer interrogante de cómo o de qué manera sería posible introducir a la trata de personas en el Convenio, restando, únicamente, dilucidar cuál sería el fundamento de ésta introducción. Para ello procede identificar si la prohibición de la trata de personas, o un derecho a vivir libre de ella, reuniría los requisitos exigidos para poder disfrutar de abrigo bajo el CEDH a través del acceso proporcionado por la técnica de la interpretación evolutiva. Todo lo cual llevará, finalmente, a plantear si la justificación alegada para ello por el Tribunal Europeo podría considerarse satisfactoria.

2.2. Cuestión segunda. El fundamento de la introducción de la trata de personas en el CEDH. Los requisitos

2.2.1. Las circunstancias exigidas para la aplicación de una interpretación evolutiva

El punto de salida es claro, a saber, el contenido de un tratado internacional no estará necesariamente fijado de manera inamovible en todo tiempo pudiendo evolucionar. En el ámbito específico del Convenio Europeo, el TEDH ha puesto de relieve la conveniencia de tal evolución considerando que los principios subyacentes a este instrumento no pueden ser ni aplicados ni interpretados en un vacío en virtud de su carácter especial de tratado internacional de derechos humanos. Por ello, deben tomarse

en consideración, de un lado, los desarrollos relevantes del derecho internacional,<sup>563</sup> los cuales constituyen un medio de interpretación primario siguiendo el régimen general del Derecho de los Tratados,<sup>564</sup> y, de otro, los desarrollos de la práctica de los Estados, entendida como los cambios acaecidos en las legislaciones domésticas de la gran mayoría de los Estados Miembros del Consejo de Europa.<sup>565</sup>

Sobre esto, tras un estudio exhaustivo de la jurisprudencia del Tribunal Europeo, Letsas ha clasificado en tres los requisitos a los que este órgano recurre cuando determina si cabe interpretar evolutivamente una disposición del Convenio. Según este listado, sería necesario identificar la presencia de un estándar actual que será priorizado ante la intención de los redactores – en consonancia con lo visto en el apartado anterior –; además, estos estándares actuales deben ser comunes y compartidos por los Estados Miembros del Consejo de Europa; y, finalmente, lo que el Estado demandado considere un estándar adecuado no es decisivo cuando éste no esté en sintonía con el estándar común.<sup>566</sup>

Todo lo anterior puesto en común viene a significar que para determinar que una libertad tiene cabida en una de las disposiciones del Convenio y que, por ende, goza de la protección del sistema regional europeo, debe existir un estándar actual comúnmente aceptado por los Estados Miembros del Consejo de Europa que la avale. Este estándar actual se considera existente cuando la gran mayoría de las legislaciones domésticas

---

<sup>563</sup> En palabras del TEDH: “In the Court’s view, the principles underlying **the Convention cannot be interpreted and applied in a vacuum**. Mindful of the Convention’s special character as a human rights treaty, **it must also take into account any relevant rules of international law** when deciding on disputes” (Resaltado añadido) (*Case of Loizidou v. Turkey*, párr. 43).

<sup>564</sup> El Derecho de los Tratados de Viena establece como regla general de interpretación que conjuntamente con el contexto se deben tener en cuenta, entre otros, las reglas relevantes de derecho internacional aplicable entre las partes (Artículo 31.3 (c) CV69). Este recurso a los instrumentos internacionales en el ámbito del sistema regional europeo de protección de los derechos humanos es una muestra, en palabras del Tribunal, de la máxima por la cual el Convenio Europeo ha de interpretarse en armonía con los principios generales de derecho internacional y no en un vacío. Siguiendo al TEDH: “**Account should be taken, as indicated in Article 31 § 3 (c) of the 1969 Vienna Convention** on the Law of Treaties, of ‘**any relevant rules of international law** applicable in the relations between the parties’, and **in particular the rules concerning the international protection of human rights**” (Resaltado añadido) (*Case of Nada v. Switzerland*, Judgement 12 September 2012, Reports of Judgments and Decisions 2012, párr. 169).

<sup>565</sup> En el tenor expresado por el TEDH: “[I]n the great majority of the member States of the Council of Europe it is no longer considered to be necessary or appropriate to treat homosexual practices of the kind now in question as in themselves a matter to which the sanctions of the criminal law should be applied; **the Court cannot overlook the marked changes which have occurred** in this regard **in the domestic law of the member States**” (Resaltado añadido) (*Case of Dudgeon v. The United Kingdom*, Judgment 22 October 1981, Serie A No. 45, párr. 60).

<sup>566</sup> George Letsas, *The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and Legitimacy*. (Cambridge University Press, 2012). <http://ssrn.com/abstract=2021836> [Consultado el 20 de julio de 2017].

evolucionan en un sentido – poniendo entonces de relieve la presencia de una práctica –, o cuando se producen desarrollos relevantes en el derecho internacional.

Cuando la identificación de un estándar actual común se infiera de los desarrollos del derecho internacional, el Tribunal Europeo, siguiendo el Derecho de los Tratados, atenderá a cualquier forma relevante de derecho internacional aplicable entre las partes – Artículo 31 apdo. 3 letra (c) CV69 – que en el momento atañe en razón de la materia. A pesar de la claridad de la regla, no obstante, el sistema regional europeo manifiesta especialidades y, yendo más allá de lo marcado en el régimen general de interpretación de Viena, habrá deducido la existencia de un interés común de la mera existencia de un tratado internacional, incluso cuando éste no ha sido ampliamente ratificado<sup>567</sup> o no lo está por el Estado demandado.<sup>568</sup> Asimismo, en la detección de un estándar actual comúnmente aceptado, el TEDH tomará en cuenta a una amplia variedad de instrumentos que incluso, en muchas ocasiones, carecerán de carácter vinculante,<sup>569</sup> siendo lo relevante aquí que de su existencia se pueda inferir la identificación de una tendencia evolutiva en las creencias de los Estados sobre una materia determinada.<sup>570</sup>

---

<sup>567</sup> Siguiendo al TEDH: “**Both the relevant Conventions are in force and there is no reason to attribute the currently small number of Contracting States to a refusal to admit equality between "illegitimate" and legitimate children** on the point under consideration. In fact, **the existence of these two treaties denotes that there is a clear measure of common ground in this area amongst modern societies**” (Resaltado añadido) (*Case of Marckx v. Belgium*, párr. 41).

<sup>568</sup> En palabras del TEDH: “**The Court observes in this connection that in searching for common ground among the norms of international law it has never distinguished between sources of law according to whether or not they have been signed or ratified by the respondent State**” (Resaltado añadido) (*Case of Demir and Baykara v. Turkey*, párr. 78).

<sup>569</sup> Según admite el TEDH: “[T]he Court has never considered the provisions of the Convention as the sole **framework of reference for the interpretation of the rights and freedoms enshrined** therein. On the contrary, **it must also take into account any relevant rules and principles of international law applicable** in relations between the Contracting Parties (...) [and] **evolving norms of national and international law in its interpretation of Convention provisions** (...). Moreover, (...) the relevant rules of international law applicable in the relations between the parties also include “**general principles of law recognised by civilized nations**” (...), **the principles laid down by texts of universal scope** (...) and their **interpretation by international criminal courts and domestic courts** (...). In a number of judgments the Court has used, for the purpose of interpreting the Convention, intrinsically **non-binding instruments** of Council of Europe organs, in particular **recommendations and resolutions** of the Committee of Ministers and the Parliamentary Assembly (...). These methods of interpretation have also led the Court to support its reasoning by reference to **norms emanating from other Council of Europe organs, even though those organs have no function of representing States Parties to the Convention**, whether supervisory mechanisms or expert bodies” (Resaltado añadido) (*Case of Demir and Baykara v. Turkey*, párr. 67, 68, 71-75).

<sup>570</sup> Siguiendo al TEDH: “[S]ince the Convention is first and foremost a system for the protection of human rights, **the Court must have regard to the changing conditions** within the respondent State and within Contracting States generally **and respond**, for example, **to any evolving convergence as to the standards to be achieved**” (Resaltado añadido) (*Case of Christine Goodwin v. The United Kingdom*, Judgment 11 July 2002, Reports of Judgments and Decisions 2002-VI, párr. 74). O, en el mismo sentido: “By way of example, in finding that the right to organise had a negative aspect which excluded closed-shop agreements, the Court considered, largely on the basis of the European Social Charter and the case-



Con base en todo esto, se verá a continuación que la identificación de una tendencia evolutiva en materia de trata de personas vendría poderosamente armada.

A modo de recapitulación conclusiva, lo dicho revela que lo relevante a la hora de afirmar que una libertad no inicialmente comprendida en el Convenio Europeo tiene cabida en su catálogo protegido será que la misma venga avalada por un estándar actual común, el cual viene identificado por la existencia de una práctica común o de desarrollos en el derecho internacional. Su presencia demostrará la existencia de una evolución en las creencias de los Estados sobre una determinada materia que supondrá un progreso en la garantía de los derechos humanos. Este estándar común fundamentará el recurso a la interpretación evolutiva de la disposición del Convenio Europeo sobre la cual se alega que tendría cabida la libertad cuestionada, derivando de tal operación que se entienda al CEDH como un instrumento vivo.

Con todo ello presente, es menester aproximarse a la identificación de estos requisitos que, sobre la materia de la trata de personas, llevará a cabo el TEDH en su intención de incluir su prohibición bajo la salvaguarda de la correspondiente disposición del Convenio. El resultado de esta tarea traerá, *a posteriori*, la necesidad de plantearse cuan satisfactoria habría sido tal operación.

#### 2.2.2. Requisitos para la aplicación de la interpretación evolutiva sobre la prohibición de la trata de personas

Como enunciado de principio debe anunciarse que la introducción de la prohibición de la trata de personas en el ámbito del Convenio Europeo sería coherente con la finalidad perseguida por la doctrina de la interpretación evolutiva. La explicación es clara y se ve en tres frases lacónicas. A través de esta técnica se busca dar respuesta a la necesidad de proporcionar a los derechos humanos el disfrute de un cada vez más alto estándar de protección. Para garantizar el refuerzo de la protección, se exige mayor firmeza al ponderar las violaciones de los valores fundamentales de las sociedades

---

law of its supervisory organs, together with other European or universal instruments, **that there was a growing measure of agreement on the subject at international level** (...). In this context, it is not necessary for the respondent State to have ratified the entire collection of instruments that are applicable in respect of the precise subject matter of the case concerned. **It will be sufficient for the Court that the relevant international instruments denote a continuous evolution in the norms and principles applied in international law or in the domestic law of the majority of member States of the Council of Europe and show, in a precise area, that there is common ground in modern societies** (...)" (Resaltado añadido) (*Case of Demir and Baykara v. Turkey*, párr. 77 y 86).

democráticas.<sup>571</sup> La trata de personas es reconocida como una amenaza a los valores fundamentales de las sociedades democráticas.<sup>572</sup>

Junto a este favorable punto de partida, restaría comprobar si en el ámbito de la trata se encontrarían presentes los requisitos que han de confluir para reconocer a un nuevo estándar actual que posibilite acudir a una interpretación evolutiva.

Anteriormente se afirmó que la adecuación del recurso a una interpretación evolutiva en materia de trata de personas vendría poderosamente armada. Esto se vería en el año 2010 con ocasión del *Asunto de Rantsev c. Chipre y Rusia*. Allí, el TEDH, para llegar a concluir que la prohibición de la trata de personas es un estándar actual, siguiendo la idea de que el Convenio Europeo no puede interpretarse en un vacío, se habrá valido de los desarrollos producidos en la materia en las legislaciones nacionales concernidas<sup>573</sup> y de una gran variedad de textos e instrumentos internacionales.

Ciertamente, el Tribunal reconocerá la existencia de un estándar actual común que avala la prohibición de la trata de personas tomando como representativos de un consenso a una serie de tratados internacionales especializados, a textos de alcance universal, a jurisprudencia de tribunales penales internacionales y a instrumentos del Consejo de Europa. De manera sorpresiva, dentro de este catálogo, llamará la atención que en la selección de lo que deberán ser consideradas como reglas relevantes del derecho internacional sobre la trata, el Tribunal Europeo haga una doble clasificación de instrumentos agrupando, en un bloque, a los que se ocupan de la supresión de la esclavitud y, enumerando, en otro bloque, a los que específicamente afrontan la trata de personas.

---

<sup>571</sup> En palabras del TEDH: “[H]aving regard to the fact that the Convention is a “living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions” (...) the Court considers that (...) **the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably requires greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies**” (Resaltado añadido) (*Case of Selmouni v. France*, Judgment 28 July 1999, Reports of Judgments and Decisions 1999-V, párr. 101).

<sup>572</sup> Así ha sido declarado, *inter alia*, en el informe que acompaña al Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata como sigue: “Action to combat trafficking in human beings is receiving worldwide attention because **trafficking threatens the human rights and the fundamental values of democratic societies**” (COE. *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, párr. 1). O, asimismo, en sede del propio TEDH: “There can be no doubt that **trafficking threatens the human dignity and fundamental freedoms of its victims and cannot be considered compatible with a democratic society and the values expounded in the Convention**” (Resaltado añadido) (*Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, párr. 282).

<sup>573</sup> *Vid Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, párr. 127-131, 136.

En efecto, curiosamente, el Tribunal, en su búsqueda para identificar la existencia de un estándar actual común entre los Estados revelador de un consenso sobre la erradicación de la trata de personas, hablará de esclavitud. En particular citará a la Convención sobre la Esclavitud de 1926 y a su definición de esclavitud. Asimismo, hablará de la jurisprudencia del *Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia* (el TPIY), en el *Asunto del Fiscal c. Kunarac, Vukovic y Kovac*,<sup>574</sup> donde se abordó por primera vez la definición de esclavitud como un crimen contra la humanidad por explotación sexual – a tratar en relación al *Asunto de Siliadin c. Francia*<sup>575</sup> un poco más adelante –. Finalmente, se referirá a la definición de esclavitud consagrada en el Artículo 7 (1) (c) del Estatuto del *Tribunal Penal Internacional*.<sup>576</sup>

Será tras esta exposición que el Tribunal seguirá enumerando un listado de reglas relevantes del derecho internacional sobre, específicamente, la trata de personas.<sup>577</sup> En él enunciará todos los tratados internacionales concluidos para erradicar la trata desde 1904 hasta 1949. Con este dato se advierte que el TEDH justifica la necesidad de aumentar los estándares de protección de los derechos humanos basándose en que la preocupación por la materia haya germinado y evolucionado en la comunidad internacional y ello, con independencia del estatus actual de los instrumentos de los que se vale como evidencia. Esto es, el Tribunal, tal y como se anunció, no se refiere siempre a reglas del derecho internacional en vigor o en las que estén vinculados los Estados Parte en el litigio. Pero incluso, yendo más allá, en este caso, en los tratados internacionales citados la trata de personas se entendía fundamentalmente como un delito y no como una violación de derechos humanos y, además, la configuración de esta vulneración en aquellos tiempos no encuentra equiparación posible con la configuración actual. En todo caso, estas disparidades no deben interpretarse como una suerte de impedimento en el reconocimiento de un consenso. Muy por el contrario, esto da muestra de lo arraigado del interés de la comunidad internacional en la lucha en esta área, expresado a través de los múltiples intentos de perfeccionar las normas promulgadas para combatir la trata de personas, siendo en esto en lo que se ha de identificar la existencia de un consenso entre los Estados.

---

<sup>574</sup> International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *Prosecutor v. Kunarac, Vukovic y Kovac*, Appeals Chamber Judgement, 12 de junio del 2002.

<sup>575</sup> *Case of Siliadin v. France*, Judgment 26 July 2005, Reports of Judgments and Decisions 2005-VII, TEDH.

<sup>576</sup> *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, párr. 137-145.

<sup>577</sup> *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, párr. 146-174.

Junto a los tratados internacionales específicos en materia de trata, el TEDH tomará, desde el sistema universal de protección de los derechos humanos, al mandato contenido en el Artículo 6 de la CEDAW impositor de la obligación para sus Estados Parte de suprimir la trata. Sin embargo, inexplicablemente, en su labor de interpretar al Convenio Europeo en sintonía con las reglas del derecho internacional, no hará referencia al Artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño bajo el cual sus Estados Miembros se habrán comprometido a combatir la trata de niños. Finalmente, desde el ámbito del Consejo de Europa, se basará en la existencia de las numerosas recomendaciones que dan cuerpo a su acción general contra la trata<sup>578</sup> y en la adopción del Convenio de Varsovia del año 2005.

Todo este amplio conjunto de instrumentos internacionales aducidos, llevarían al Tribunal Europeo a entender que la prohibición de la trata de personas, además de ser coherente con la finalidad perseguida por la doctrina de la interpretación evolutiva, también reuniría requisitos suficientes para presentarse como un estándar actual común permitiéndose, consecuentemente, presentarla como candidata para considerar su inclusión en el CEDH a través de la interpretación evolutiva de sus disposiciones. Sin embargo, la mecánica seguida para ello por el Tribunal, no va a poder considerarse del todo satisfactoria.

### 2.2.3. Las deficiencias del argumento esgrimido por el TEDH para introducir a la prohibición de la trata de personas en el CEDH

Con lo que acaba de ser expuesto, se entiende que el Tribunal Europeo, durante el *Asunto de Rantsev c. Chipre y Rusia*, habría basado la comprobación de si la prohibición de la trata de personas reúne los requisitos para ser considerada un estándar actual común de las sociedades modernas en la detección de desarrollos relevantes en el

---

<sup>578</sup> El TEDH habrá tenido en cuenta tres textos legales, adoptados por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en el contexto de la acción general contra la trata con referencia exclusiva a la trata de seres humanos con fines de explotación sexual. Estos son: la Recomendación No. R (2000) 11, sobre acción contra la trata de personas con finalidad de explotación; la Recomendación Rec (2001) 16, sobre la protección de niños contra la explotación sexual; y la Recomendación Rec (2002) 5, sobre la protección de las mujeres contra la violencia. A su vez, el TEDH se habrá basado en textos adoptados por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, a saber: la Recomendación 1325 (1997), sobre trata de mujeres y prostitución forzada; la Recomendación 1450 (2000), sobre violencia contra las mujeres en Europa; la Recomendación 1523 (2001), sobre esclavitud doméstica, la Recomendación 1526 (2001), sobre la campaña contra la trata de menores para poner un fin a la ruta del este de Europa: el ejemplo de Moldavia; la Recomendación 1545 (2002), sobre la campaña contra la trata de mujeres; la Recomendación 1610 (2003), sobre migración conectada con la trata de mujeres y la prostitución; y la Recomendación 1663 (2004) sobre esclavitud doméstica: servidumbre, au pairs y “novias por correo”.

derecho internacional. Sin embargo, en todo esto, cabe hacer una precisión que al buen observador no se le habrá escapado. En la determinación de los requisitos que permitirían reconocer a la prohibición de la trata de personas como tal estándar actual, el Tribunal ha construido todo un bloque argumentativo basándose en la existencia de un consenso internacional sobre la reprobación de la esclavitud. Con esto, el TEDH habría estado cimentando la base de su posterior argumentación, presentándola bajo un cariz muy específico.

Este actuar del Tribunal tiene origen en que, como se puede extraer de lo ampliamente explicado sobre la construcción que da base y posibilita el recurso a la interpretación evolutiva, el mero hecho de que la prohibición de la trata de personas sea considerable como un estándar actual no traerá consigo aparejado que el TEDH tenga fundamentos suficientes para interpretar evolutivamente al Artículo 4 del CEDH y para que pueda reconocer incluida en él a la libertad cuestionada. Para que un nuevo derecho tenga cabida en el Convenio Europeo tendrá que considerarse un estándar actual y, además, debe constituir un aspecto de un derecho ya garantizado en su articulado. Efectivamente, esto será lo que posibilitaría en última instancia que el hecho de que los redactores no previesen o, incluso, deliberadamente omitiesen, el reconocimiento de una libertad dentro de los parámetros de una disposición del Tratado, no fuera determinante para excluirla de su ámbito de garantía.

Aquí se hace necesario recordar que, con la introducción de la doctrina de la interpretación evolutiva, los *travaux préparatoires* tendrán que encontrar un equilibrio con el enfoque evolutivo de manera que, en su interacción práctica, a la hora de dilucidar si una libertad estaría incluida o excluida del Convenio, el peso de los primeros sería modulado por el recurso al segundo. Es decir, el poder vinculante de las negociaciones previas sería modulado por la necesidad de interpretar al CEDH como un instrumento vivo, esto es, bajo las condiciones actuales imperantes en las sociedades democráticas. Esta armonización sería posible porque se entiende que la aplicación de esta doctrina se justifica sobre el Convenio en base a unos medios primarios de interpretación, mientras que los *travaux* serían medios complementarios.

Sobre esto se ha visto que tres medios primarios de interpretación modulan el peso de las negociaciones previas en el ámbito del CEDH. Como se ha mostrado, las reglas de derecho internacional existentes constituyen un medio de interpretación primario

utilizado como fundamento de la identificación de estándares actuales comunes. Pero éste no es el único y convive, a su vez, con otros dos medios de interpretación primarios que prueban la idoneidad de recurrir a una interpretación evolutiva de las disposiciones del Convenio, a saber, comparte rango con el preámbulo del CEDH – considerado como contexto – y con su objeto y finalidad.

Efectivamente, estos dos últimos medios interpretativos son los responsables de que se haya abierto la puerta a la posibilidad de aplicar una interpretación dinámica en los dominios del Convenio.

En concreto, su preámbulo declaraba la intención de proporcionar una protección universal y efectiva de los derechos allí declarados, preservándolos y desarrollándolos,<sup>579</sup> a lo cual se recurriría como fundamento del recurso a la doctrina. Y es aquí donde termina la recapitulación y se retoma la introducción de la idea que se quiere exponer. Esto es, este medio primario de interpretación habrá declarado que lo que recibe cobertura para interpretarse evolutivamente son *los derechos allí declarados* – y no otros –. Es por ello, que aquí ocupa aclarar si la prohibición de la trata de personas, que aunque fue excluida deliberadamente durante las negociaciones es considerable un estándar actual común, sería además subsumible en un derecho ya consagrado por el Convenio. Su inclusión respondería, por lo tanto, a una necesidad de preservar y desarrollar un derecho ya existente asegurando su efectividad de manera real. Esto es consonante con la máxima establecida por el propio Tribunal Europeo en su jurisprudencia por la que el mero hecho de que no se reconociera un derecho en el Convenio no lo priva de ser incluido cuando su exclusión golpee la sustancia misma de la libertad que se quiso garantizar en un inicio (*vid Asunto de Young, James y Webster c. Reino Unido* en pie de pág. 542). Es por todo esto que será fundamental la identificación de la correcta sustancia del derecho ya consagrado en el Convenio, puesto que ésta será el vínculo con la nueva libertad. De esta manera, que la nueva libertad comparta la misma esencia del derecho consagrado será lo que permita su inclusión en un precepto determinado a través de la puesta en práctica de una interpretación

---

<sup>579</sup> “Considering that this Declaration aims at securing the **universal and effective recognition and observance of the Rights therein declared**”. “[T]he aim of the Council of Europe is the achievement of greater unity between its members and that one of the methods by which that aim is to be pursued is **the maintenance and further realisation of Human Rights and Fundamental Freedoms**” (Resaltado añadido) (Preámbulo del CEDH).

evolutiva legítima de la disposición correspondiente, y no mediante un, difícilmente justificable, libre *creacionismo* de los jueces.

Semejantemente, al mismo resultado se llegará atendiendo al objeto y finalidad del Convenio Europeo que, como medio primario de interpretación de las disposiciones del tratado, requiere que la protección de los derechos allí consagrados sea real y efectiva en el tiempo (*vid Loizidou c. Turquía y Airey c. Irlanda* pie de pág. 536). Esto lleva hacia un idéntico desenlace, a saber, lo que justificaría el recurso a la interpretación dinámica de un precepto es que ésta se dé sobre *los derechos consagrados* – y no sobre otros – que se busca garantizar de forma efectiva en el tiempo.

Desde la doctrina, Letsas, basándose en la dinámica seguida por el Tribunal Europeo en su jurisprudencia, llega a una conclusión que guarda sintonía con lo que acaba de ser expuesto. Sobre esto, el autor habrá afirmado que en el recurso a la doctrina del instrumento vivo “no se trata de que lo que constituye una violación cambie cuando las reglas y las actitudes cambian”, sino que el razonamiento del Tribunal trae la idea de un “descubrimiento sustantivo” en el sentido de que la conducta que se descubre ha constituido siempre una violación, incluso cuando no se consideraba como tal. Así, no se trata de que haya un entendimiento diferente del derecho, sino que ese entendimiento es mejor porque se dirige a la verdad del derecho sustantivo protegido. En suma, de su análisis jurisprudencial, Letsas extraerá que la dinámica seguida por el Tribunal consiste en identificar cuál es la substancia objetiva o valor del derecho protegido y estimar que la evolución que se ha producido es importante sólo porque y en la medida en que se adecúa a este valor correctamente.<sup>580</sup>

La pregunta a plantear tras este resultado se repite, a saber, ya que son los derechos y libertades consagrados en el Convenio Europeo – y no otros – los que van a ser interpretados evolutivamente, ¿se puede considerar que la prohibición de la trata de personas estaría incluida en un derecho ya existente? Ya se sabe que para el Tribunal Europeo la respuesta ha sido afirmativa y que el *Asunto de Rantsev c. Chipre y Rusia* traería como resulta que la prohibición de la trata de personas se entendiese como una salvaguardada bajo el Artículo 4 del CEDH, pero resta observar bajo qué argumento se haría tal incorporación para plantear hasta qué punto éste arroja un resultado deseable.

---

<sup>580</sup> Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, 78 y 79.

Un poco más arriba, con ocasión de la exposición de las reglas internacionales relevantes para determinar si la prohibición de la trata de personas era un estándar actual común, se decía que el Tribunal Europeo al construir un bloque específico sobre la reprobación internacional de la esclavitud habría estado cimentando la base de su argumentación para el reconocimiento posterior de la trata de personas, presentándola bajo un cariz muy específico. Esta afirmación cobra sentido cuando se observa que llegado el momento de proceder a determinar hasta qué punto la trata de personas podría considerarse en sí misma contraria al espíritu y a la finalidad del Artículo 4 del CEDH – y, consecuentemente, su prohibición garantizada por él –, el TEDH consideraría que la trata “por su propia naturaleza y finalidad de explotación, se basa en el ejercicio de facultades vinculadas al derecho de propiedad”<sup>581</sup> – ¡! –. Sí, efectivamente esto es lo que parece. El Tribunal Europeo acabaría de argumentar que la trata de personas se basa en el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad, esto es, dicho en puridad, que la trata es esclavitud.

Conociendo este resultado se entiende mejor el porqué de aquellas referencias iniciales a diversas manifestaciones de condenación de la esclavitud en el derecho internacional. Y, por si alguna duda quedase sobre sus intenciones, el TEDH se referiría, nuevamente, a la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia para subrayar que allí se habría concluido que el concepto tradicional de esclavitud ha evolucionado para incluir varias formas contemporáneas de esclavitud basadas en el ejercicio de todas o algunas de las facultades vinculadas al derecho de propiedad. Con esto, el Tribunal Europeo aceptaría en su sede por primera vez – se verá más adelante con ocasión del *Asunto de Siliadin c. Francia* que no habría sido ni será siempre así – la existencia de la esclavitud de hecho. A continuación, pasaría a enunciar los factores que se habían considerado relevantes en el TPIY para determinar cuándo una situación constituiría una forma contemporánea de esclavitud – insuficientes, como podrá apreciarse, siguiendo lo visto al exponer los rasgos propios de la esclavitud –. Entre ellos, el TEDH destacará a la existencia de un control del movimiento de la persona o de su entorno físico, la de un control psicológico, la de la adopción de

---

<sup>581</sup> En palabras del TEDH: “In light of the proliferation of both trafficking itself and of measures taken to combat it, the Court considers it appropriate in the present case to **examine the extent to which trafficking itself may be considered to run counter to the spirit and purpose of Article 4** of the Convention such as to fall within the scope of the guarantees offered by that Article (...)”, “[t]he Court considers that trafficking in human beings, **by its very nature and aim of exploitation, is based on the exercise of powers attaching to the right of ownership**” (Resaltado añadido) (*Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, párr. 279 y 281).



medidas para evitar o desalentar que el individuo escape y la de un control sobre la sexualidad y el trabajo forzoso.<sup>582</sup>

Motivado tras esta enumeración de los factores que revelarían una situación de esclavitud contemporánea, el TEDH dirá que en la trata de personas los individuos son manejados como mercancías que pueden ser compradas y vendidas y sometidas a trabajo forzoso, por muy poco o ningún salario, usualmente en la industria del sexo pero también en otros sitios. Esto trae aparejado – continúa diciendo el TEDH – que las actividades de las víctimas se vigilan de cerca y, a menudo, se limitan sus movimientos, ejerciéndose violencia y amenazas contra aquellas que, además, viven y trabajan bajo malas condiciones. Con esta exposición se entiende que el Tribunal estaría buscando encontrar en la trata de personas aquellos elementos de control previamente enumerados como reveladores de situaciones de esclavitud para atribuir a aquella el carácter de esclavitud contemporánea. El desenlace de su explicación mostrará esta intención sin rodeos cuando, tras haber detectado elementos de control en la figura de la trata, traerá a su construcción argumentativa la terminología introducida a lo largo del enjuiciamiento por terceras partes en el juicio y por documentos legalmente no vinculantes, aceptándola aparentemente en su conclusión, y según la cual la trata de personas es una forma moderna de esclavitud.<sup>583</sup>

En este punto, sabiéndose todo lo que se sabe sobre la idiosincrasia de la esclavitud, es de fuerza tildar a la construcción argumentativa del TEDH, como poco, de muy discutible. Sobre esto, y sin entrar en las diferencias previamente demostradas entre la esclavitud y la trata, debe recordarse que se expusieron las disfunciones generadas cuando se atribuye a la presencia de vínculos de control – sin una mayor precisión (*vid*

---

<sup>582</sup> Siguiendo al TEDH: “The Court observes that the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia concluded that the **traditional concept of “slavery” has evolved to encompass various contemporary forms of slavery based on the exercise of any or all of the powers attaching to the right of ownership (...)**. In assessing whether a situation amounts to a contemporary form of slavery, the Tribunal held that **relevant factors** included whether there was **control of a person’s movement or physical environment**, whether there was an element of **psychological control**, whether **measures were taken to prevent or deter escape** and whether there was **control of sexuality and forced labour**” (Resaltado añadido) (*Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, párr. 280).

<sup>583</sup> En palabras del TEDH: “[Human trafficking] treats human beings as commodities to be bought and sold and put to forced labour, often for little or no payment, usually in the sex industry but also elsewhere (...). It implies close surveillance of the activities of victims, whose movements are often circumscribed (...). It involves the use of violence and threats against victims, who live and work under poor conditions (...). It is described by Interights and in the explanatory report accompanying the Anti-Trafficking Convention as the **modern form of the old worldwide slave trade (...)**. The Cypriot Ombudsman referred to sexual exploitation and trafficking taking place “under a **regime of modern slavery**” (...)” (Resaltado añadido) (*Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, párr. 281).

*ut supra* apdo. 4.2. Capítulo II) – el rol de identificador de situaciones de esclavitud. En añadidura, sorprende que el resto del argumento del Tribunal según el cual la trata debiera ser considerada como una forma de esclavitud contemporánea no se apoye en derecho, sino en opiniones de terceras partes en el proceso susceptibles de calificarse de viscerales pero no de legales, y en declaraciones contenidas en documentos jurídicamente no vinculantes que, igualmente, carecerían de una mayor justificación que diera sustento a su afirmación. Desde luego este pronunciamiento viene armado para convertirse en objeto de críticas sonadas y, ciertamente, en maneras más o menos acertadas no ha dejado indiferente a la doctrina.<sup>584</sup>

Pero además de lo dicho, la argumentación del Tribunal Europeo tendría implicaciones más profundas trayendo consigo otros efectos indeseados que irían más allá de la equiparación de la trata de personas con la esclavitud. En efecto, según el constructo presentado por el Tribunal, la trata de personas tiene cabida en el Artículo 4 del CEDH porque, como manda el preámbulo del Convenio y su objeto y finalidad, aquella comparte la misma esencia de un derecho ya garantizado por el Convenio. Aquí estaría ocurriendo que el TEDH habría identificado al espíritu y finalidad de esta disposición con “el ejercicio de facultades vinculadas al derecho de propiedad”, esto es, con la esclavitud. Y esto va a suponer aún mayores consecuencias, a saber, el Tribunal Europeo estará concibiendo a la esclavitud como un concepto omnicompreensivo que engloba a todos los demás tipos de explotación contenidos en el Artículo 4.

Efectivamente, en la medida en la que la substancia común a proteger identificada en el Artículo 4 del CEDH se integra por las características de la definición de esclavitud, se entiende que el Tribunal estará predicando que las demás conductas de explotación allí contenidas las tienen también por esencia. Es decir, que la servidumbre y el trabajo forzoso son aspectos del derecho garantizado en el Artículo 4 consistente en

---

<sup>584</sup> Entre otros, Allain, habrá puesto también de relieve la inadecuación de equiparar a la trata con la esclavitud (Jean Allain, “Rantsev v Cyprus and Russia: The European Court of Human Rights and Trafficking as Slavery”, *Human Rights Law Review* 10 (2010): 546-57); Ramona Vijayarasa y José Miguel Bello, habrán discrepado con el resultado arrojado en el dictamen estimando que los requisitos de la trata de personas no podían identificarse en los hechos del caso (Ramona Vijayarasa and José M. Bello y Villarino, “Modern-Day Slavery? A Judicial Catchall for Trafficking, Slavery and Labour Exploitation: A Critique of Tang and Rantsev”, *Journal of International Law and International Relations* 8 (2012):36-61); y, en una crítica extrema, Vladislava Stoyanova, dirá que el TEDH no necesita el marco de la trata de personas para combatir los abusos del Artículo 4 del CEDH por lo que debe desecharlo (Vladislava Stoyanova, “Dancing on the borders of Article 4: Human trafficking and the European Court of Human Rights in the Rantsev Case”, *Netherlands Quarterly of Human Rights* 30/2(2012): 163-94).

prohibir “el ejercicio de facultades vinculadas al derecho de propiedad” sobre las personas, o lo que es lo mismo, en prohibir la esclavitud.

El propio discurso del Tribunal Europeo corrobora esta afirmación cuando, en dos momentos distintos, se puede ver que estará entendiendo a la esclavitud como aquella noción que lo comprende e incluye todo. Para percibir este posicionamiento hay que atender a los términos utilizados mientras exponía qué factores demostrativos de control, de entre aquellos que identifican a una situación contemporánea de esclavitud siguiendo las indicaciones del TPIY, estarían presentes en los casos de trata de personas, conllevando, por lo tanto, que ésta fuera calificada como tal y, consecuentemente, como un aspecto del derecho garantizado por el Artículo 4 del CEDH. En concreto, el Tribunal tomaría del TPIY, como factor relevante, al “control de la sexualidad y del trabajo forzoso”. Esto es, centrándonos en lo que aquí ocupa, cuando se ejerciese control sobre el trabajo forzoso, se identificaría un supuesto de esclavitud. Pero es que, como se ha visto, en el trabajo forzoso el ejercicio de control está presente *per se* – recuérdese que en su definición el control o dominio sobre la persona le es inherente por cuanto se estaría hablando de un “trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente” –, por lo que aquello es lo mismo que decir que cuando se ejerce trabajo forzoso sobre alguien, se está en presencia de esclavitud.

A pesar de lo sorprendente – por descuidada en cuanto al resultado – de la construcción del TEDH, hay que recordar que esta línea argumentativa no es nueva. En efecto, que los elementos utilizados por el Tribunal en la composición de su argumento hayan llevado a las consecuencias expuestas no es algo inesperado sabiéndose lo que ya se sabe. Ciertamente, con ocasión del análisis de la propuesta de Weissbrodt y la Anti-Slavery International, anteriormente se explicó que basar el reconocimiento de la esclavitud en la constatación de vínculos de control podía terminar por dar allí cabida a figuras que tendrían que ver, a veces, poco o, a veces, nada, con esta forma de explotación.

Pero la cuestión no se cierra con esto. Tal y como se dijo hace un instante, se puede ver que, en dos momentos distintos del discurso del Tribunal, éste vendría entendiendo que la esencia del derecho resguardado en el Artículo 4 es la prohibición del ejercicio de facultades del derecho de propiedad sobre las personas ocurriendo, como resulta, que la

esclavitud se presentaría como la noción que lo comprende y lo incluye todo. Esto habría ocurrido nuevamente cuando identificaba manifestaciones de control atribuibles a la figura de la trata de personas diciendo que, en ella, los individuos son “manejados como mercancías que pueden ser compradas y vendidas y sometidas a trabajo forzoso”. Esto es, *el sometimiento de las personas al trabajo forzoso* es un tipo de control que, para el Tribunal, alcanza el umbral de la esclavitud. Desafortunadamente para la construcción del TEDH, aquí cabe, nuevamente, recordar que, en principio, quien está sometido a trabajo forzoso, no está sometido a esclavitud, salvo que aquel alcanzara el umbral de ésta. Pero esto, de darse, no ocurriría porque existe un control general – ya se ha entendido la inconveniencia de que éste sea el baremo decisor – sino porque están presentes las facultades vinculadas al derecho de propiedad, a saber, el consabido control equivalente a la posesión.

Dicho todo lo anterior, hay que guardar en mente las tres cuestiones aducidas. Estas son, de un lado, que la introducción de la prohibición de la trata de personas en el Artículo 4 del CEDH se produciría porque ésta se ha identificado como un aspecto del derecho allí protegido, que según el TEDH se concreta en el ejercicio sobre las personas de las facultades vinculadas al derecho de propiedad. Y de otro lado, que el Tribunal utiliza en dos ocasiones al trabajo forzoso para mostrar que en virtud de su presencia se daría un elemento de control demostrativo de la existencia de una forma de esclavitud contemporánea. Esto debe retenerse puesto que es en base a estos tres fundamentos que se puede afirmar que el Tribunal Europeo identifica al espíritu y finalidad del Artículo 4 del CEDH con la esclavitud. Lo cual va a suponer que ésta será la substancia del derecho protegido en aquella disposición, de manera que será la concurrencia del “ejercicio de facultades vinculadas al derecho de propiedad” lo que regirá la posible inclusión futura de nuevos aspectos del derecho a este precepto. Las repercusiones desfavorables de intentar mantener este tipo de enfoque, por el cual la esclavitud se presenta como un concepto omnicomprendivo, generando contradicciones y símiles imposibles, ya se han visto.

No obstante, sin intención de volver a adentrarnos en la, ya debatida, confrontación de figuras, conviene poner de relieve algunas problemáticas que podrán generarse en el ámbito del Convenio Europeo de conservarse tal enfoque. Y es que, mantener el razonamiento del TEDH supondría dinamitar la estructura del Artículo 4 del CEDH tal

y como se consagró en 1950. Esto conviene hacerlo visual para facilitar el entendimiento. Véase cómo se dispone este precepto:

**“1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre.**

**2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzoso u obligatorio.**

**3. No se considera como “trabajo forzoso u obligatorio”** en el sentido del presente artículo: **a)** todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del presente Convenio, o durante su libertad condicional; **b)** todo servicio de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio; **c)** todo servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenacen la vida o el bienestar de la comunidad; **d)** todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales” (Resaltado añadido)

La estructura de esta disposición muestra que, en el origen, tres conductas se diferenciaban. Dos de ellas guardando una especial vinculación – la esclavitud y la servidumbre – y otra acompañándolas – el trabajo forzoso –. Pues bien, identificar que el espíritu y finalidad del Artículo 4 del CEDH consiste en el “ejercicio de facultades vinculadas al derecho de propiedad” supondrá que allí dentro sólo cabe esclavitud. Esto conllevaría varias cosas. Primero carecería de sentido incluir actividades como si fueran diferenciables si todas son esclavitud. Segundo, esto implicaría que habría que excluir de la salvaguarda que proporciona el Convenio Europeo a la servidumbre y al trabajo forzoso cuando no alcanzan el umbral de la esclavitud. Aunque, no obstante, bajo este argumento esto parecería no poder ocurrir porque todos serían esclavitud en virtud del espíritu y finalidad compartidos. Pero entonces, si todo es esclavitud, ¿cómo es esto reconciliable con la enumeración de las cuatro excepciones reinantes en el ámbito del trabajo forzoso recogidas en el apartado tercero del mismo precepto?, ¿no es esto contradictorio con el hecho de que la esclavitud es una norma de *jus cogens* y que como tal no es susceptible de derogación? Junto con esto además hay que recordar los problemas derivados de considerar a la trata de personas en su conjunto como esclavitud – o como cualquiera de las otras finalidades de explotación a la que es susceptible de dirigirse –. En todo caso, como se dijo, este debate ya fue discutido.

Es por ello que aquí se ha dicho que intentar mantener la construcción del TEDH destruiría enteramente la estructura interna del Artículo 4 del CEDH, llenando a la disposición de contradicciones insalvables. Pero es que, en añadidura, cabe sumar otra contrariedad que viene de la mano del último apunte introducido en la argumentación del Tribunal. En concreto ocurrirá que, después de haber dicho expresamente que la trata de personas iría contra el espíritu y finalidad del Artículo 4 del CEDH porque se basa en “el ejercicio de facultades vinculadas al derecho de propiedad” – a saber, en esclavitud –, el TEDH terminará la fundamentación de su dictamen diciendo que considera innecesario identificar si, en el caso en cuestión, se dio esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso y que, en cambio, la trata de personas por sí misma, con el sentido del Artículo 3 (a) del Protocolo de Palermo y el Artículo 4 (a) del Convenio de Varsovia, caen en el ámbito del Artículo 4 del Convenio Europeo.<sup>585</sup>

Un doble sentimiento se genera aquí. Por un lado se aplaude que parezca introducirse a la trata de personas *por sí misma*, suponiendo que esto quiera decir que se la entiende con independencia de las finalidades de explotación a las que es susceptible de dirigirse. Si esto puede mantenerse, entonces el Tribunal habría mostrado un correcto entendimiento de la figura. De hecho, la tendencia seguida en pronunciamientos posteriores llevaría a defender que esto es así,<sup>586</sup> aunque, no obstante, esta afirmación no puede considerarse de manera absoluta y va a necesitar ser matizada tras el resultado

---

<sup>585</sup> Según el TEDH: “In view of its obligation to interpret the Convention in light of present-day conditions, the Court considers **it unnecessary to identify whether the treatment about which the applicant complains constitutes “slavery”, “servitude” or “forced and compulsory labour”**. Instead, the Court concludes that **trafficking itself, within the meaning of Article 3(a) of the Palermo Protocol and Article 4(a) of the Anti-Trafficking Convention, falls within the scope of Article 4** of the Convention” (Resaltado añadido) (*Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, párr. 282).

<sup>586</sup> El *Asunto de C.N. c. Reino Unido* es un ejemplo de caso en el que el TEDH mostraría su entendimiento de que la trata de personas y las finalidades de explotación a las que es susceptible de dirigirse no son equiparables. En sus palabras: “[T]he investigation into the applicant’s complaints was carried out by a specialist trafficking unit and while investigators occasionally referred to slavery, forced labour and domestic servitude it is clear that at all times their focus was on the offence enshrined in section 4 of the 2004 Act [namely, trafficking]. As indicated (...), **domestic servitude is a specific offence, distinct from trafficking**” (Resaltado añadido) (*Case of C.N. v. The United Kingdom*, 13/11/2012, párr. 80). Asimismo, en el *Asunto de C.N. y V. c. Francia*, sin identificar una conducta con la otra, en su análisis del caso descartaría que se hubiera dado la trata de personas y aceptaría la presencia de la conducta de explotación: “The Court notes at the outset that **the applicants alleged that they were victims of treatment that amounted to human trafficking**, referring in that connection to the Council of Europe Convention on action against trafficking in human beings. It is true that in the case of *Rantsev v. Cyprus and Russia* (...) the Court affirmed that human trafficking itself falls within the scope of Article 4 of the Convention in so far as it is without doubt a phenomenon that runs counter to the spirit and purpose of that provision. **However**, it considers that, above all, **the facts of the present case concern activities related to “forced labour” and “servitude”**, legal concepts specifically provided for in the Convention. Indeed, **the Court considers that the present case has more in common with the *Siliadin* case than with the *Rantsev* case**” (Resaltado añadido) (*Case of C.N. and V. v. France*, 11/10/2012, párr. 88).

arrojado en el reciente pronunciamiento del TEDH el *Asunto de J. y otros c. Austria* de enero del año 2017 (*vid ut infra* p. 317). Por otro lado no se entiende cómo es aquello reconciliable con el hecho de que la trata sea para el TEDH una forma contemporánea de esclavitud y, a su vez, con el hecho de que el Tribunal haya identificado al espíritu y finalidad de la disposición en cuestión con las características de la esclavitud que, por lo tanto, se encontrarían también – siguiendo el razonamiento del Tribunal anteriormente explicado –, en las otras finalidades de explotación contenidas en el precepto, identificándolas, consecuentemente, como esclavitud. Es por estos motivos que, más allá del avance favorable de haber incluido a la esclavitud de hecho bajo el alcance del Convenio, se imposibilita mantener la sostenibilidad del razonamiento construido por el TEDH.

Por todo lo explicado, el argumento elaborado por el Tribunal Europeo en el *Asunto de Rantsev c. Chipre y Rusia* para introducir a la prohibición de la trata de personas en el Convenio Europeo, se colapsa a sí mismo. Aquí habría ocurrido que aunque la introducción de la prohibición de la trata en el Convenio es deseable desde el punto de vista de la práctica del derecho, facilitando la salvaguarda de los derechos de los individuos, en cambio, no lo es el algoritmo utilizado para lograr tal inclusión. De esto sólo puede salirse tomando un camino. El TEDH debe entender que la esencia y finalidad del Artículo 4 del CEDH, la substancia del derecho protegido, es la prohibición de la explotación de las personas.

Al entender que la explotación es la substancia del derecho protegido, todas las conductas que allí se recojan se mostrarán como un aspecto de aquella, sin anular sus respectivas idiosincrasias ni solaparse las unas con las otras. De no ser así, además de colapsar la estructura interna del precepto, se estaría aniquilando la posibilidad de interpretarlo evolutivamente en el futuro. En este último sentido, efectivamente, parecería carecer de toda lógica necesitar de una futura interpretación evolutiva para introducir esclavitud en esta disposición cuando la esclavitud ya está contenida, lo cual impediría, como resultado, la inclusión de nuevas manifestaciones de explotación sobre las personas en el Convenio Europeo. En todo caso, este breve apunte requiere de mayores precisiones que se verán más adelante al tratar su reflejo práctico sobre la jurisprudencia emanada del Tribunal.

## 2.3. Cuestión tercera. La extensión en la cual la trata se incluye en el CEDH

### 2.3.1. Las obligaciones positivas para los Estados Miembros del CEDH

Una vez visto que no sería hasta el año 2010 con ocasión del *Asunto de Rantsev* que el TEDH estimaría que la prohibición de la trata de personas tenía cabida en el Convenio Europeo, faltaría por determinar en qué extensión ésta sería incluida y, por lo tanto, qué supondrá su incorporación para los Estados Miembros. Para ello hay que remontarse algunos años atrás, concretamente al año 2005, donde por primera vez el Tribunal Europeo se habría planteado introducir a la prohibición de la trata bajo la garantía que proporciona el Convenio y donde, también de manera pionera, se estimará que los Estados están sujetos a acatar obligaciones positivas en virtud del Artículo 4 del CEDH.

Esto debe ser determinado porque la mayor parte de las obligaciones exigibles a los Estados Parte del Convenio Europeo en el sistema regional europeo de protección de los derechos humanos se han desarrollado en un tiempo posterior a su momento creacional, conformándose a través del desarrollo jurisprudencial que ocupa al TEDH. La falta de previsión originaria de obligaciones en el cuerpo del Convenio no debe sorprender si se recuerda que el contenido de este instrumento habría venido fuertemente influenciado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Justamente, Asbjørn Eide, como Relator Especial sobre el derecho a una alimentación adecuada como un derecho humano, comentaba en 1987 aquella falta de previsión de obligaciones exigibles a los Estados en el ámbito de la DUDH. En concreto, diría que los derechos humanos no se concibieron como derechos legales y que, en sintonía con este sentir, los redactores de la DUDH se habrían concentrado en la formulación de derechos, evitando incluir sus correspondientes obligaciones para los Estados lo cual, sin embargo, no habría ocurrido sin controversia puesto que países latinoamericanos habían presentado borradores contenedores de obligaciones extensas que, sin embargo, serían excluidas por decisión de la mayoría de la Comisión.<sup>587</sup>

En cualquier caso, como ya se introdujo en el Capítulo III, los Estados deberán cumplir con ciertas obligaciones para satisfacer los derechos humanos. Sobre esto, se dijo que las obligaciones en este campo generalmente se dividen en tres niveles expresados como la obligación primaria de respetar, la obligación secundaria de

---

<sup>587</sup> U.N. ECOSOC. Commission on Human Rights. Report of the Special Rapporteur Mr. Asbjørn Eide, *Report on the right...*, (UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1987/23); párr. 61 y 95.



proteger y la obligación terciaria de realizar el derecho. Estas obligaciones que supondrían un mandato para el Estado de abstenerse de interferir en el disfrute del derecho, de impedir que interfirieran terceras partes y de crear condiciones para que los derechos se realicen, son exigibles tanto sobre los derechos económicos, sociales y culturales como sobre los civiles y políticos, requiriéndose el cumplimiento de todas ellas para conseguir la protección de un derecho humano consagrado.

No obstante lo anterior, a pesar de lo extendido de esta clasificación tripartita, en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el TEDH ha adoptado un enfoque diferente. Aquí, las obligaciones exigibles a los Estados Parte en el Convenio en virtud de los derechos allí consagrados se agrupan, exclusivamente, en dos tipos, esto es, en obligaciones negativas y en obligaciones positivas. La introducción de esta clasificación dual, aunque no siempre aplaudida,<sup>588</sup> ha sido celebrada al considerársela como una expresión de la superación de aquella concepción clásica que dibujaría a los derechos civiles y políticos como derechos de no injerencia, demandantes de una función puramente negativa que no requeriría más que la abstención de los poderes públicos y que se opondrían a los derechos económicos, sociales y culturales como necesitados de prestaciones del Estado.<sup>589</sup>

Inicialmente, las obligaciones dimanantes del CEDH eran esencialmente negativas aunque no en su totalidad. Efectivamente, el texto del Convenio incluye algunas obligaciones positivas expresas, de procedimiento o sustantivas,<sup>590</sup> posicionándose,

---

<sup>588</sup> Así, por ejemplo, Sepúlveda Carmona resalta que optar por una división de las obligaciones atribuibles a los Estados como, exclusivamente, negativas y positivas, en lugar de la clasificación tripartita, deja fuera a algunas obligaciones que no son propiamente acciones u omisiones, sino un mixto de ambas. Estas últimas, de naturaleza combinada, serían difíciles de clasificar como positivas o negativas lo cual pondría de relieve lo inapropiado de recurrir a esta clasificación que no llegaría a describir todas las obligaciones que los tratados de derechos humanos imponen a los Estados como sería el caso – sigue la autora – de las obligaciones de proteger (prevenir), crear maquinaria institucional e incluso la obligación de promover (Sepúlveda, *The nature of the Obligations Under the International Covenant on Economic*, 171-2).

<sup>589</sup> Frédéric Sudre, “Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l’homme”, *Revue trimestrielle des Droits de l’homme* (1995), 363, párr. 2. <http://www.rtdh.eu/pdf/1995363.pdf>: [Consultado el 20 de julio de 2017].

<sup>590</sup> Dröge enumera como obligaciones positivas expresas de procedimiento, por ejemplo, a los Artículos 5, 6 y 13 y como obligaciones positivas expresas sustantivas a los Artículos 2, 3, 8, 9, 10, 11, 12, 14 del Convenio y 1, 2 y 3 del Primer Protocolo (Dröge, *Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, 383). Sobre este tema, Hugh Tomlinson ha explicado, a modo de ejemplo, que serían obligaciones expresas tanto la obligación de proteger el derecho a la vida bajo el Artículo 2 del CEDH; como la obligación comprendida en el Artículo 5 CEDH de informar a una persona detenida de las razones de tal detención y de ponerla cuanto antes a disposición judicial; o la obligación de proporcionar ayuda legal, acceso a la justicia e intérpretes comprendida en el Artículo 6 CEDH; o, entre otras, la obligación de celebrar elecciones libres en virtud del Artículo 3 del Primer Protocolo (Hugh

junto a ellas, las obligaciones positivas que se encuentran implícitas en el derecho las cuales serán descubiertas *a posteriori* por el Tribunal Europeo quien las reconocerá, desde temprano,<sup>591</sup> a través de su jurisprudencia en el momento de enfrentarse al análisis del derecho con ocasión del caso concreto.<sup>592</sup>

Con respecto a ellas, Dröge destaca que, frente a la contención de interferir impuesta al Estado por las obligaciones negativas, las obligaciones positivas abordarán sus omisiones indebidas, diferenciándose unas y otras no en atención a la particular acción u omisión que pudo llevar a cabo el actor estatal en el caso concreto, sino en si el derecho humano requiere contar o no con su asistencia para hacerse efectivo.<sup>593</sup> Sin embargo, a pesar de que la diferencia parece clara, es necesario hacer notar que en la práctica cabe el solapamiento entre ambas. En tal sentido, el Tribunal Europeo ha reconocido la posibilidad de que bajo un mismo derecho concurren obligaciones exigibles tanto de orden positivo como de orden negativo ocurriendo que las lindes entre ambos tipos de compromisos podrían no prestarse a una distinción nítida.<sup>594</sup>

Que las obligaciones positivas puedan imponer a los Estados deberes de actuación de tipo sustantivo o de tipo procedimental querrá decir, en cuanto a las primeras, que el Estado deberá adoptar medidas básicas para permitir al individuo disfrutar plenamente del derecho y, en cuanto a las segundas, que tendrá que organizar sus procedimientos internos para que proporcionen una protección efectiva de los derechos humanos.<sup>595</sup>

---

QC Tomlinson, *Positive obligations under the European Convention of Human Rights* (2012), <http://www.adminlaw.org.uk/docs/SC%202012%20by%20Tomlinson%20QC.docx> [Consultado el 20 de julio de 2017]).

<sup>591</sup> Sudre ha comentado que la noción de obligación positiva aparece pronto en la jurisprudencia del Tribunal con el *Belgian linguistic case* en 1968 (*Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” v. Belgium*, Judgement 23 July 1968, Serie A no. 6) y se desarrollará a partir del *Asunto de X y Y c. Países Bajos* en 1985 (*Case of X and Y v. The Netherlands*, Judgement 26 March 1985, Serie A no. 91) a partir del cual las obligaciones positivas pasarían a ser un “instrumento familiar de su control” (Sudre, “Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l’homme”: 363, párr. 1).

<sup>592</sup> Popović, *European Human Rights Law*, 46 y 47.

<sup>593</sup> Dröge, *Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, 380-381

<sup>594</sup> En palabras del Tribunal: “The Court would reiterate in this connection that **in addition to the primarily negative undertaking by the State to abstain from any interference with the rights guaranteed by the Convention, there “may be positive obligations inherent” in such rights (...). The boundaries between the State’s positive and negative obligations under the Convention do not lend themselves to precise definition**” (Resaltado añadido) (*Inter Alia, Case of Dickson v. The United Kingdom*, Judgment 4 December 2007, Reports of Judgments and Decisions 2007-V; párr. 70; *Case of MOUVEMENT RAËLIEN SUISSE v. Switzerland*, Judgment 13 July 2012, Reports of Judgments and Decisions 2012, párr. 50).

<sup>595</sup> Popović, *European Human Rights Law*, 44 y 45; Jean-Françoise Akandji-Kombe, *Positive obligations under the European Convention- A guide to the implementation of the European Convention*, en Human

Evitando percibir esto como un completo *creacionismo* judicial, corresponde aclarar aquí que este desarrollo de obligaciones positivas exigibles a los Estados con posterioridad al momento creacional del Convenio Europeo se posibilita bajo la figura de la doctrina de la interpretación evolutiva que busca, como finalidad, que los derechos contenidos sean prácticos y efectivos en su ejercicio. En este exacto sentido, Mowbray concluye en su estudio sobre las obligaciones positivas en el ámbito del Convenio Europeo que el Tribunal requiere a los Estados el desempeño de varias formas de acciones positivas para asegurar que diferentes derechos allí consagrados estuvieran efectivamente salvaguardados.<sup>596</sup>

Asimismo, justificando la facultad del Tribunal para descubrir las obligaciones positivas implícitas que recaen sobre los derechos contenidos en el Convenio, se mantiene que es su propio texto el que le daría cobertura. En concreto, el Artículo 1 del CEDH que consagra la *obligación de respetar los derechos humanos* ha sido percibido como una obligación de carácter general – *overarching obligation* –.<sup>597</sup> Esta disposición impone a los Estados Miembros la obligación de asegurar a todas las personas bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en la Sección I del Convenio, entendiéndose, como explica Sudre, que su presencia es en sí misma una obligación positiva que posibilita la puesta en práctica de la teoría de las obligaciones positivas, dotándola de un campo de aplicación general, sobre todos los derechos consagrados en el Convenio.<sup>598</sup>

Explicados los términos, visto todo esto, ha de volverse a la idea inicial de este apartado cuando se explicaba que para identificar qué supone la introducción de la prohibición de la trata de personas en el Convenio para sus Estados Miembros habría que remontarse algunos años atrás, al año 2005, donde por primera vez el Tribunal Europeo se habría planteado aquella inclusión y donde, también de manera pionera, se estimará que los Estados están sujetos a obligaciones positivas en virtud del Artículo 4 del CEDH.

---

Rights Handbook 7. Council of Europe, (2007), 16 y 17. <https://rm.coe.int/168007ff4d> [Consultado el 20 de julio de 2017].

<sup>596</sup> Alastayr Mowbray. *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*. (Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing, 2004), 221.

<sup>597</sup> Madeleine Colvin and Jonathan Cooper. *Human Rights in the Investigation and Prosecution of Crime*. (Oxford: Oxford University Press, 2009), 424.

<sup>598</sup> Sudre, “Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l’homme”: 368, párr. 12.

### 2.3.2. El *Asunto de Siliadin c. Francia*. El debut de las obligaciones positivas y delimitación de los tipos de explotación en el Artículo 4 del CEDH

Tal y como el mismo Tribunal Europeo reconocería en el año 2010, con anterioridad al *Asunto de Rantsev* no habría tenido más que una oportunidad de examinar en qué medida el tratamiento asociado a la trata de personas caía dentro del ámbito de aplicación del Artículo 4 del CEDH.<sup>599</sup> Este primer planteamiento tendría lugar en el año 2005 con ocasión de la resolución de la cuestión presentada en el *Asunto de Siliadin c. Francia*.<sup>600</sup>

#### 2.3.2.1. Los hechos del caso

El caso se origina en el año 2001 con la demanda de la Srta. Siwa-Akofa Siliadin, nacional togolesa contra la República Francesa. Aquella alegará, buscando un fundamento en el Artículo 4 del CEDH, que la ley penal francesa no le habría proporcionado una protección efectiva y suficiente contra la servidumbre a la que alegaba haber sido sometida o, al menos, contra el trabajo forzoso u obligatorio que habría sido obligada a realizar.

Los hechos relatados habrían tenido origen en 1994 cuando la Srta. Siliadin habría llegado a Francia con 15 años donde, siguiendo lo previamente acordado, trabajaría en casa de la Sra. D. hasta cubrir el precio de su billete de avión mientras le regularizaban su estatus en inmigración y le encontraban una plaza en el colegio. La realidad sería, sin embargo, diferente. Le retirarían su pasaporte y se convertiría en una empleada doméstica a la que no se le remuneraba su trabajo. Meses después de su llegada, la Srta. Siliadin sería “cedida” a la Sra. y al Sr. B para que se encargase de sus hijos y asistiera en el mantenimiento de la casa. Durante varios años, la joven cumpliría jornadas de trabajo que duraban desde las 7.30 a.m. hasta las 10.30 p.m. los siete días de la semana. Sería excepcionalmente autorizada a salir para asistir a la misa de los domingos, dormiría en un colchón en el suelo en el cuarto del bebé recién nacido de la pareja para atenderlo durante la noche, nunca recibiría un salario, no se tomarían medidas para regular su estado en inmigración – condición de irregularidad que era utilizada por el matrimonio para infligirle temor sobre un posible arresto – y no iría al colegio. Si bien consiguió escapar una vez, su tío le ordenó volver con el Sr. y la Sra. B. donde seguiría

---

<sup>599</sup> *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, párr. 279.

<sup>600</sup> *Case of Siliadin v. France*, Judgment 26 July 2005, Reports of Judgments and Decisions 2005-VII.

viviendo en las mismas condiciones. Finalmente, la Srta. Siliadin, logra hacerse con su pasaporte y consigue que un vecino alerte sobre su situación a la policía quienes harán una redada en la casa del matrimonio.

Presentados cargos contra el matrimonio, tras un primer pronunciamiento de condena, los acusados apelan obteniendo como resultado una total absolución. Posteriormente, la demandante presenta recurso de casación mientras que, por su parte, el fiscal no lo hará, remitiéndose el caso para una nueva audiencia donde un nuevo tribunal de apelación habría de dictaminar. Sucederá, finalmente, que si bien se reconocería que los actos llevados a cabo por los demandantes eran contrarios a derecho, no obstante, la condena era alarmantemente insuficiente y laxa, no empleando plenamente la normativa aplicable que, por lo demás, era demasiado abierta y elusiva, de manera que no proporcionaba una protección adecuada contra las prácticas a las que la Srta. Siliadin había sido sometida. Con motivo de todos estos hechos, la demandante mantendría el incumplimiento por parte del Estado de la obligación positiva, inherente al Artículo 4 del CEDH, de asegurar una protección real y efectiva contra las prácticas prohibidas en el precepto. Esto sería así – alegaría – por la inadecuación de la ley penal del Estado francés para impedir los delitos en cuestión y porque se le habría concedido exclusivamente reparación civil consecuencia de la inactividad del fiscal, la cual supuso que el último tribunal en examinar el caso no pudiera sentenciar sobre la culpabilidad de los acusados limitándose, entonces, a decidir sobre la cuantía de una indemnización por daños. En añadidura, la demandante incluirá en sus alegaciones a la figura de la trata de personas resaltando en su argumento la importancia para su caso de los criterios establecidos tanto por las Naciones Unidas como por el Consejo de Europa para identificar manifestaciones de la trata. Tomando en consideración tales alegatos, el Tribunal Europeo procedería al examen del fondo del asunto cuestionando la adecuación de la interpretación que, en los tribunales nacionales franceses, venía haciéndose sobre las provisiones penales sobre esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso u obligatorio.<sup>601</sup>

#### 2.3.2.2. El resultado del caso. El dictamen del Tribunal Europeo

El dictamen del Tribunal Europeo en el *Asunto de Siliadin* va a aportar datos con respecto a tres cuestiones relevantes, a saber, sobre la introducción de la prohibición de

---

<sup>601</sup> *Case of Siliadin v. France*, párr. 1-48, 58, 59, 63, 71, 72, 91.

la trata de personas en el CEDH; sobre el reconocimiento de obligaciones positivas para los Estados en el ámbito del Artículo 4 del CEDH; y sobre el tratamiento que reciben las vulneraciones de derechos humanos contenidas en esta disposición.

#### 2.3.2.2.1. Sobre la introducción de la trata de personas en el CEDH

El encabezado que aquí introduce no sorprende puesto que ya se ha dicho que el Tribunal Europeo se habría planteado por primera vez en el año 2005, con ocasión del *Asunto de Siliadin c. Francia*, en qué medida el tratamiento asociado a la trata de personas caía dentro del ámbito de aplicación del Artículo 4 del CEDH. Así, al seleccionar la normativa relevante para el caso, el TEDH haría referencia al, entonces abierto para su firma, Convenio de Varsovia, y a dos recomendaciones del Consejo de Europa que, entre sus peticiones a los Estados, incluían la de mantener tolerancia cero contra la trata de personas convirtiéndola en un delito en sus ordenamientos internos.<sup>602</sup> Estas referencias serían necesarias puesto que como resaltaba la Srta. Siliadin, ella no habría ido a Francia para trabajar como servicio doméstico, sino que había sido obligada a ello a consecuencia de la trata a la que había sido sometida.<sup>603</sup> A pesar de estas consideraciones y alegaciones por parte, respectivamente, del Tribunal y de la demandante, este primer acercamiento entre la trata de personas y el Artículo 4 del CEDH no iría más allá, quedándose en una mera primera aproximación que se detendría ahí sin mayor desarrollo, centrándose la atención del dictamen en otros menesteres.

Con esta ausencia absoluta de profundización en los cargos de trata el Tribunal, movido por un actuar recatado, perdería la oportunidad de identificar la presencia de esta vulneración de derechos humanos a pesar de estar en presencia de sus elementos constitutivos. Ciertamente, la menor había sido captada con la intención de ser explotada, y la explotación se había hecho efectiva durante años.

#### 2.3.2.2.2. Sobre las obligaciones positivas exigibles a los Estados bajo el Artículo 4 del CEDH

A raíz de los hechos a los que la Srta. Siliadin habría sido sometida, en su demanda mantendría que el Estado francés había incumplido la obligación positiva, inherente al Artículo 4 del CEDH, de asegurar una protección real y efectiva contra las prácticas que

---

<sup>602</sup> Recommendation 1523 (2001), adopted on 26 June 2001; Recommendation 1663 (2004), adopted on 22 June 2004 of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe.

<sup>603</sup> *Case of Siliadin v. France*, párr. 49, 50, 91 y 92.

la disposición prohíbe. Los motivos alegados durante la exposición de los hechos del caso serían la inadecuación de la ley penal francesa para hacer frente a los delitos acontecidos y la consecuencia que habría traído aparejada la inactividad del fiscal. Debido a ella, se habría imposibilitado que pudiera sentenciarse sobre la culpabilidad de los acusados, teniendo el procedimiento de apelación como resultado exclusivo la concesión a la demandante de una reparación civil. Observando el contenido de estas alegaciones se ve perfectamente cuál es el efecto que deriva de la existencia de este tipo de obligaciones. Como se dijo antes, las obligaciones positivas concernientes a un derecho protegido por el CEDH son legalmente exigibles al Estado. Esto quiere decir, como se recuerda desde la doctrina, que aquí no se estaría reconociendo un efecto horizontal puesto que los particulares no pueden formular una reclamación contra otro individuo basándose en el Convenio.<sup>604</sup>

Así visto, aquellas peticiones de la demandante reclamaban el incumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones positivas. Sin embargo, en la medida en que el Artículo 4 del CEDH recoge de forma expresa únicamente una obligación negativa – la prohibición de llevar a cabo las conductas allí contenidas –, la identificación de deberes de actuar atribuibles al Estado para dar satisfacción a los mandatos de aquel precepto necesitaría de un reconocimiento jurisprudencial de las obligaciones positivas implícitas en el derecho. Es por ello que la demandante habría instado al Tribunal Europeo a accionar aquella facultad con vistas a que considerase a la explotación a la que había sido sometida como una transgresión, imputable al Estado, de aquellas obligaciones positivas que le corresponderían bajo la obligación general dimanante del mandato del Artículo 1 puesta en relación con el del Artículo 4 del CEDH.<sup>605</sup> A raíz de esta petición, el Tribunal tendría que averiguar cuáles serían las exigencias requeridas en el ámbito del Artículo 4 que, en caso de no ser satisfechas, generarían la responsabilidad del Estado al haber omitido una conducta necesaria para la plena realización del derecho allí consagrado.

En la ausencia de pronunciamientos previos al *Asunto de Siliadin* que revelasen un descubrimiento de obligaciones positivas a acatar bajo el Artículo 4, la demandante

---

<sup>604</sup> Laurens Lavrysen, “Protection by the Law: The Positive Obligation to Develop a Legal Framework to Adequately Protect ECHR Rights”, en *Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century*, coords. Yves Haeck and Eva Brems. *Ius Gentium. Comparative perspectives on law and justice. Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century* 30 (Springer Netherlands, 2014), 71, foot note 9; o en Sudre, “Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l’homme”: 374, párr. 20.

<sup>605</sup> *Vid Case of Siliadin v. France*, párr. 65.

traerá a colación la jurisprudencia del propio Tribunal Europeo sobre otros preceptos del Convenio. En particular, se referirá a dictámenes donde, en tiempos anteriores, habría reconocido la existencia de obligaciones positivas implícitas en el ámbito del Artículo 8 – sobre el derecho al respeto a la vida privada y familiar – y del Artículo 3 – sobre la prohibición de la tortura –. Con ello intentaría conseguir como efecto el reconocimiento de mandatos similares al amparo del precepto allí interesado.

Al observar los dictámenes de los asuntos propuestos se entiende el contenido de la petición de la demandante. Ésta estaría identificando notas distintivas de la figura de las obligaciones positivas con la intención de mostrar su compatibilidad con el Artículo 4 buscando dar fundamento al reconocimiento de aquellas en éste. Específicamente, en un primer acercamiento, traería a la palestra el hecho de que, en la esfera del derecho a la vida privada o familiar, el Tribunal hubiese reconocido que, junto a la obligación negativa primaria del Estado de proteger el derecho frente a la interferencia arbitraria de las autoridades públicas, también existen obligaciones positivas necesarias para su respeto efectivo.<sup>606</sup> Además, este reconocimiento de la posible existencia de obligaciones positivas implícitas se habría dado con anterioridad en el terreno de las interdicciones, tal y como habría sido el caso con respecto a la prohibición de la tortura.<sup>607</sup> Asimismo, otro factor que parecería indicar que reconocer obligaciones positivas bajo el Artículo 4 comulgaba con las características de aquella figura sería el hecho de que el TEDH también había identificado la existencia de un deber estatal de llevar a cabo actuaciones destinadas a evitar que se dieran interferencias con el derecho en el ámbito privado. De esta manera, dar satisfacción al mandato de las obligaciones positivas podría requerir la adopción de medidas diseñadas para lograr el respeto del derecho en la esfera de las relaciones entre individuos ocurriendo que, de no

---

<sup>606</sup> En palabras del Tribunal: “The Court recalls that although the object of Article 8 (art. 8) is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference: **in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations** inherent in an effective respect for private or family life” (Resaltado añadido) (*Vid Case of X and Y v. The Netherlands*, Judgement 26 March 1985, Serie A no. 91, párr. 23; *Case of Airey v. Ireland*, p. 17, párr. 32; *Case of Marckx v. Belgium*, párr. 31).

<sup>607</sup> Siguiendo el tenor del TEDH: “The Court reiterates that **Article 3** enshrines one of the most fundamental values of democratic society. It **prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment. The obligation on High Contracting Parties** under Article 1 of the Convention to secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in the Convention, taken in conjunction with Article 3, **requires States to take measures designed to ensure that individuals within their jurisdiction are not subjected to torture or inhuman or degrading treatment**” (Resaltado añadido) (*Case of Z and others v. The United Kingdom*, Judgment 10 May 2001, Reports of Judgments and Decisions 2001-V, párr. 73-75; *Case of A. v. The United Kingdom*, Judgment 23 September 1998, Reports 1998-VI, párr. 22).



protegersele en este ámbito, sería posible atribuir responsabilidad al Estado por actos llevados a cabo a manos de particulares.<sup>608</sup> A todo esto se sumaría otro factor que llamaría al reconocimiento de obligaciones positivas en lo que se estaba tratando, a saber, ya en otras ocasiones el Tribunal Europeo se habría referido a la especial protección que correspondería otorgar a los niños y a las personas vulnerables a través de una disuasión efectiva de la violación de su integridad personal, tomándolo como requisito a tener en cuenta al proceder a valorar el posible quebrantamiento de obligaciones de actuar atribuibles al Estado.<sup>609</sup>

Teniendo en cuenta estas notas definitorias, el Tribunal Europeo identificará con ocasión del *Asunto de Siliadin* la existencia de obligaciones positivas dimanantes del Artículo 4 del CEDH. En este reconocimiento, el TEDH considerará que limitar el cumplimiento con esta disposición exclusivamente a la acción directa de las autoridades estatales sería inconsistente con los instrumentos internacionales específicos concernidos y volvería inefectivo al precepto.<sup>610</sup> Es decir, entender que de allí derivan tan sólo obligaciones negativas imputables al Estado – de abstenerse de esclavizar a las personas, o de someterlas a servidumbre o a trabajo forzoso, en este último caso, fuera de los casos regulados – restaría eficacia a la salvaguarda ofrecida por el Convenio. Por todo lo anterior, el Tribunal dirá que de esta disposición se deduce necesariamente que los Estados Miembros tienen tanto la obligación positiva de adoptar legislación penal

---

<sup>608</sup> Siguiendo la jurisprudencia del TEDH: “It remains to be determined **whether the State should be held responsible**, under Article 3, **for the beating of the applicant by his stepfather**. The Court considers that **the obligation on the High Contracting Parties** under Article 1 of the Convention to secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in the Convention, taken together with Article 3, **requires States to take measures designed to ensure that individuals within their jurisdiction are not subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment, including such ill-treatment administered by private individuals**” (*Case of A. v. The United Kingdom*, párr. 22); “[t]he Court recalls that **although the object of Article 8 (art. 8) is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities**, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective respect for private or family life (...). **These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves**” (Resaltado añadido) (*Case of X and Y v. The Netherlands*, párr. 23).

<sup>609</sup> Según las indicaciones del TEDH: “**Children and other vulnerable individuals, in particular, are entitled to State protection**, in the form of effective deterrence, against such serious breaches of personal integrity”. “In the Court’s view, the law did not provide adequate protection to the applicant against treatment or punishment contrary to Article 3. Indeed, (...) **this law currently fails to provide adequate protection to children and should be amended**” (Resaltado añadido) (*Case of A. v. The United Kingdom*, párr. 22 y 24).

<sup>610</sup> En su expresión original: “In those circumstances, the Court considers that **limiting compliance with Article 4 of the Convention only to direct action by the State authorities** would be inconsistent with the international instruments specifically concerned with this issue and **would amount to rendering it ineffective**” (Resaltado añadido) (*Case of Siliadin v. France*, párr. 89).

que criminalice las prácticas proscritas, como la obligación positiva de aplicarla en la práctica, lo cual supone que bajo el Artículo 4 del CEDH se requiere la penalización y el enjuiciamiento efectivo de cualquier acto dirigido a mantener a una persona en las situaciones descritas.<sup>611</sup>

A pesar de este avance, es de destacar que el Tribunal Europeo no se habría ocupado de la posible identificación de obligaciones positivas implícitas en el derecho en el ámbito de la protección de las víctimas, lo cual explicaría la reevaluación del contenido de las mismas unos años más tarde con ocasión del *Asunto de Rantsev*. Esta insuficiencia se hizo patente desde la doctrina en los tiempos posteriores al dictamen de *Siliadin*. Así, por ejemplo, los comentarios de Holly Cullen dan muestra del sabor remanente del desenlace de este asunto cuando comentaba, al año siguiente del pronunciamiento, que la línea seguida por el TEDH en el reconocimiento de las obligaciones positivas ponía demasiado énfasis en la legislación penal corriéndose el riesgo de que los Estados ignorasen sus obligaciones hacia las víctimas, lo cual – seguiría subrayando – sería particularmente alarmante en casos como el de *Siliadin* donde hay niños involucrados, lo que requiere hacer frente a sus necesidades.<sup>612</sup> Ciertamente, en este sentido sorprende que el Tribunal no se planteara exigir a los Estados obligaciones consistentes en asegurar la protección de los niños, particularmente, cuando en su jurisprudencia ya se había pronunciado sobre la especial protección que correspondería otorgar a los niños y a las personas vulnerables, hecho que, además, vendría implícitamente recordado por la demandante (*vid A. v. The United Kingdom* pie de pág. 609) al aducir ante el TEDH aquellos dictámenes que justificaban plantear el reconocimiento de obligaciones positivas bajo el Artículo 4 del CEDH. Asimismo, Virginia Mantouvalou pondría también de relieve esta insuficiencia desde otra perspectiva diciendo que, en la materia en cuestión, imponer a los Estados exclusivamente que se doten de una legislación penal que criminalice situaciones como la de *Siliadin* no es la panacea puesto que los trabajadores domésticos migrantes

---

<sup>611</sup> Siguiendo al TEDH: “Accordingly, it necessarily follows from this provision that **States have positive obligations**, in the same way as under Article 3 for example, **to adopt criminal-law provisions which penalise the practices** referred to in Article 4 **and to apply them in practice**”, “(...) the Court considers that, in accordance with contemporary norms and trends in this field, the **member States' positive obligations under Article 4** of the Convention must be seen as **requiring the penalisation and effective prosecution of any act aimed at maintaining a person in such a situation**” (Resaltado añadido) (*Case of Siliadin v. France*, párr. 89 y 112).

<sup>612</sup> Holly Cullen, “*Siliadin v France*: Positive Obligations under Article 4 of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Law Review* 6 (2006): 590.

requieren el planteamiento de consideraciones adicionales ya que temerán recurrir a las autoridades y hacer su situación visible.<sup>613</sup>

#### 2.3.2.2.3. Sobre la violación del Artículo 4 del CEDH en *Siliadin* y la viabilidad del argumento del dictamen del TEDH en cuanto a los tipos de explotación

Una vez determinado que para garantizar la efectividad del Artículo 4 del CEDH se requiere que los Estados Miembros lleven a efecto las obligaciones positivas allí implícitas, el TEDH tendría que establecer si la situación de la demandante caería dentro de esta disposición y si se había dado una violación de aquellas obligaciones por parte del Estado. En cuanto a lo primero, para resolver si la situación soportada por la demandante era identificable con alguna de las vulneraciones de derechos contenidas en el Artículo 4 del CEDH, el Tribunal procedería a exponer los caracteres definitorios de aquellas.

En primer lugar, analizaría el concepto de trabajo forzoso. En su interpretación, recurrirían a los Convenios de la OIT, en particular a su definición consagrada en el Convenio sobre el Trabajo Forzoso de 1930 (No. 29). Con esto presente, el Tribunal diría que el trabajo forzoso traería a la mente la idea de coacción física o mental y que, siguiendo la definición de la OIT, tendría dos componentes que se precisan en que el trabajo o servicio será exigido al individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y en que será ejecutado contra su voluntad, puesto que éste no se habría ofrecido voluntariamente. Partiendo de estos criterios, el TEDH consideraría que el primer requisito se habría cumplido. En este caso diría que, aunque la demandante no habría sido amenazada con una pena, el hecho seguiría siendo que se encontraba en una situación equivalente en cuanto a la percepción de la seriedad de la amenaza, particularmente por cuanto era menor de edad en aquel momento y se encontraba en situación irregular en el país. A continuación, al considerar el segundo criterio, el Tribunal entendería que atendiendo a los hechos del caso no se podría mantener seriamente que la demandante realizaba el trabajo bajo su libre voluntad ya que no se le ofrecía ninguna opción. Con todo lo cual – concluía – “la demandante fue, al menos, sometida a trabajo forzoso en el sentido del Artículo 4 del Convenio”.<sup>614</sup>

---

<sup>613</sup> Virginia Mantouvalou, “Servitude and Forced Labour in the 21<sup>st</sup> Century: The Human Rights of Domestic Workers”, *Industrial Law Journal* 35, No. 4 (December 2006): 414.

<sup>614</sup> En palabras del TEDH: “In interpreting Article 4 of the European Convention, **the Court has in a previous case already taken into account the ILO conventions**, (...) and especially the 1930 Forced

A continuación, en la interpretación del concepto de esclavitud, el TEDH adoptará la ya expuesta definición tradicional de esclavitud de la Convención de 1926. Sobre ella dirá que el tenor “estatus o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan todas o algunas de las facultades vinculadas al derecho de propiedad” se refiere al significado “clásico” de la esclavitud tal y como fue practicada durante siglos. Y, aunque admitiría que la demandante había sido claramente privada de su autonomía personal, las pruebas no sugerirían que hubiera sido sometida a esclavitud en sentido estricto, “en otras palabras que el Sr. y la Sra. B. ejercieran un derecho genuino de propiedad legal sobre ella, reduciéndola así al estatus de un *objeto*”.<sup>615</sup>

El resultado es el que parece, en el *Asunto de Siliadin*, el Tribunal Europeo, al interpretar el contenido del Artículo 4 del CEDH, no habría diferenciado en su análisis del término *esclavitud* entre la posibilidad de que el individuo estuviera sometido a ésta bajo un *estatus* o bajo una *condición* reconociendo, en consecuencia, exclusivamente, a la esclavitud de derecho y dejando fuera del ámbito del Convenio Europeo a la esclavitud de hecho.

Este desenlace ya se había adelantado más arriba cuando se trataba el reconocimiento de la prohibición de la trata de personas en el ámbito del Convenio que tendría lugar cinco años más tarde de *Siliadin* con ocasión del *Asunto de Rantsev*.

---

Labour Convention (see *Van der Mussele v. Belgium*, Judgment 23 November 1983, Series A no. 70, p. 16, § 32). “(...) Article 2 of Convention No. 29. Paragraph 1 (...) provides that “for the purposes” of the latter convention, the term “forced or compulsory labour” shall mean “all work or service which is exacted from any person under the menace of any penalty and for which the said person has not offered himself voluntarily”. “It remains to be ascertained whether there was “forced or compulsory” labour. This brings to mind the idea of physical or mental constraint. What there has to be is work “exacted ... under the menace of any penalty” and also performed against the will of the person concerned, that is work for which he “has not offered himself voluntarily (...)” “[I]n the instant case, **although the applicant was not threatened by a “penalty”, the fact remains that she was in an equivalent situation in terms of the perceived seriousness of the threat**”. “She was an adolescent girl in a foreign land, unlawfully present on French territory and in fear of arrest by the police. Indeed, Mr and Mrs B. nurtured that fear and led her to believe that her status would be regularised (...). Accordingly, the Court considers that the first criterion was met, especially since the applicant was a minor at the relevant time, a point which the Court emphasises.” **“As to whether she performed this work of her own free will, it is clear from the facts of the case that it cannot seriously be maintained that she did. On the contrary, it is evident that she was not given any choice”**. “In these circumstances, the Court considers that the applicant was, at the least, subjected to forced labour within the meaning of Article 4 of the Convention at a time when she was a minor” (Resaltado añadido) (*Case of Siliadin v. France*, párr. 115- 120).

<sup>615</sup> Siguiendo al TEDH: “The Court notes at the outset that, according to the 1927 Slavery Convention, “slavery is the status or condition of a person over whom any or all of the powers attaching to the right of ownership are exercised”. It notes that **this definition corresponds to the “classic” meaning of slavery** as it was practised for centuries. Although the applicant was, in the instant case, clearly deprived of her personal autonomy, **the evidence does not suggest that she was held in slavery in the proper sense**, in other words that Mr and Mrs B. **exercised a genuine right of legal ownership over her, thus reducing her to the status of an “object”**” (Resaltado añadido) (*Case of Siliadin v. France*, párr. 122).

Efectivamente, allí se comentó que el Tribunal Europeo habría aceptado en el año 2010 que en el CEDH, bajo su Artículo 4, cabía la prohibición de la esclavitud de hecho a pesar de que esto no había sido siempre así. Este giro en la interpretación del TEDH guardaría coherencia con el entendimiento de la figura en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia donde, como ya se comentó, en su dictamen del *Asunto del Fiscal c. Kunarac*, se había resuelto que el concepto tradicional de esclavitud habría evolucionado para incluir varias formas contemporáneas de esclavitud basadas en el ejercicio de todas o algunas de las facultades vinculadas al derecho de propiedad y que, en sus manifestaciones modernas, las víctimas no quedarían sujetas al ejercicio de los derechos más extremos de propiedad asociados con la esclavitud tradicional.<sup>616</sup> Lo sorprendente de todo esto, no será tanto que en *Rantsev* se dé un giro en la interpretación del TEDH para abrazar la visión de *Kunarac*, sino que esta última no se tuviera en cuenta antes por cuanto este último pronunciamiento precede en tres años a *Siliadin*. En particular, el estupor se daría aquí porque, tal y como se vio más arriba, la liturgia interpretativa seguida por el Tribunal Europeo demanda que se tomen en consideración los desarrollos relevantes del derecho internacional, puesto que “el CEDH no puede ser interpretado y aplicado en un vacío”.<sup>617</sup>

Ciertamente, el entendimiento de esclavitud que el TEDH habría consagrado en *Siliadin* habría supuesto una fractura con el significado que se le habría atribuido en otros foros internacionales y no gozaría de una acogida favorable. Sobre la conveniencia o inconveniencia de mantener aquella conceptualización de la esclavitud como esclavitud de derecho, Rebecca J. Scott declararía que, aquí, el Tribunal Europeo habría

---

<sup>616</sup> En palabras del TPIY: “[T]he traditional concept of slavery, as defined in the 1926 Slavery Convention and often referred to as “chattel slavery”, has evolved to encompass various contemporary forms of slavery which are also based on the exercise of any or all of the powers attaching to the right of ownership. In the case of these various contemporary forms of slavery, the victim is not subject to the exercise of the more extreme rights of ownership associated with “chattel slavery”, but in all cases, as a result of the exercise of any or all of the powers attaching to the right of ownership, there is some destruction of the juridical personality; the destruction is greater in the case of “chattel slavery” but the difference is one of degree” (Resaltado añadido) (TPIY, Prosecutor v. Kunarac, Vukovic y Kovac, párr. 117).

<sup>617</sup> Recordar el pronunciamiento del TEDH en el *Asunto de Loizidou c. Turquía* (párr. 43): “[T]he Convention cannot be interpreted and applied in a vacuum. Mindful of the Convention’s special character as a human rights treaty, it must also take into account any relevant rules of international law” (Resaltado añadido).

elevado el listón de forma poco realista puesto que la esclavización de una persona libre puede ocurrir en ausencia de un derecho genuino de propiedad previo.<sup>618</sup>

Continuando con el dictamen del TEDH en el *Asunto de Siliadin*, tras haberse ocupado de la esclavitud, este órgano pasaría a lidiar con la interpretación de la servidumbre bajo el Artículo 4 del CEDH. Bajo este concepto lo que se prohibiría sería una “forma particularmente seria de negación de libertad”. Junto a esto – diría el Tribunal – se incluye la obligación de prestar servicios a otra persona, y la obligación para el siervo de vivir en la propiedad de otro, no teniendo posibilidad de alterar su condición. Para los propósitos del Convenio Europeo – seguirá –, la servidumbre significa una obligación de proporcionar servicios a otro que se impone mediante el uso de coacción, y está vinculada con el concepto de esclavitud. Además – continúa –, hay que tener presente que bajo la Convención Suplementaria de 1956 los Estados deben perseguir la abolición de “cualquier práctica o institución por la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por alguno de sus padres, por ambos o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con miras a que se explote al niño o al joven o su trabajo”. Con esto en mente, el Tribunal procederá a determinar si las condiciones en las que la demandante realizaba su trabajo ascenderían a una situación de servidumbre. Tras repasar de manera sumaria los hechos – entendidos tal y como fueron narrados anteriormente – el TEDH dictaminará que la Srta. Siliadin había sido sometida a servidumbre, siendo su situación encuadrable bajo el Artículo 4 del CEDH.<sup>619</sup> Expuesto este desenlace, cabe poner de relieve algunos asuntos de provecho.

---

<sup>618</sup> Rebecca J. Scott, “Under Color of Law: Siliadin v. France and the Dynamics of Enslavement in Historical Perspective”, en *The legal Understanding of Slavery: From the Historical to the Contemporary*, ed. Jean Allain (Oxford: Oxford University Press, 2012), 162.

<sup>619</sup> Siguiendo al TEDH: “With regard to the concept of “servitude”, **what is prohibited is a “particularly serious form of denial of freedom”** (see *Van Droogenbroeck v. Belgium*, Commission's report of 9 July 1980, Series B no. 44, p. 30, §§ 78-80). **It includes, “in addition to the obligation to perform certain services for others ... the obligation for the 'serf' to live on another person's property and the impossibility of altering his condition”** (...) (see also *Van Droogenbroeck v. Belgium*, no. 7906/77, Commission decision of 5 July 1979, DR 17, p. 59).” “(...) [F]or Convention purposes “servitude” means an **obligation to provide one's services that is imposed by the use of coercion**, and is to be **linked with the concept of “slavery”** described above (see *Seguin v. France* (dec.), no. 42400/98, 7 March 2000).” “Furthermore, **under the Supplementary Convention** on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery, each of the States Parties (...) must (...) to bring about the complete **abolition or abandonment** of (...): “(d) Any institution or practice whereby a child or young person under the age of 18 years, is delivered by either or both of his natural parents or by his guardian to another person, whether for reward or not, with a view to the exploitation of the child or young person or of his labour.” **“In those circumstances**, the Court concludes that the applicant, a minor at the relevant time, **was held in servitude** within the meaning of Article 4 of the Convention.” (Resaltado añadido) (*Case of Siliadin v. France*, párr.123-129).

El razonamiento elaborado por el Tribunal Europeo en el *Asunto de Siliadin* requiere precisar varias cuestiones de interés sobre la viabilidad del resultado que arroja con vistas a posibilitar el entendimiento posterior de algunos conflictos que pueden identificarse. Como apreciación de partida, es digna de elogio la dedicación jurisprudencial del Tribunal para ofrecer una definición de servidumbre. En esto, el trabajo que subyace al pronunciamiento del TEDH será pionero puesto que, como se recordará de cuando se trató la servidumbre con motivo del análisis de las figuras de explotación expresamente identificadas en Palermo, en este caso, no hay tratado internacional que consagre una definición de la misma. No obstante, más allá de esto, el resultado no sería del todo favorable. Así, a pesar de que se admite su vinculación con el concepto de esclavitud, en esta elaboración de contenido se puede apreciar que los elementos definitorios aportados parecen asociar a la servidumbre con el trabajo forzoso. En esto, sobre la primera, el Tribunal ha dicho que ésta supondrá proporcionar servicios a otro y que se impone mediante el uso de coacción y, sobre la segunda, diría que el trabajo forzoso implica proporcionar servicios a otro de forma involuntaria bajo la amenaza de una pena. Definidas así, se entiende por qué el Tribunal ha terminado por considerar en *Siliadin* que la misma conducta asciende a los dos tipos de explotación. Además, sobre esto, un poco más adelante se verá que esta asociación estrecha entre ambas figuras tendrá repercusiones sobre la delimitación de su respectiva autonomía.

Junto a esto, es también de interés resaltar que, en *Siliadin*, el TEDH no deja lugar a dudas de que las prácticas análogas a la esclavitud, contenidas en la Convención Suplementaria de 1956, son formas convencionales de servidumbre. Esto habría ocurrido al proceder a identificar a una de aquellas prácticas como la vulneración de derechos humanos a la que la demandante habría sido sometida, entendiéndose, por lo tanto, que la violación acontecida tendría cabida bajo el Artículo 4 del CEDH a través del mandato de asegurar la prohibición de la servidumbre dirigido a los Estados Miembros.

Sin embargo, poco más es loable en este pronunciamiento. Desafortunadamente, las alabanzas finalizan cuando se atiende a la selección del tipo de servidumbre convencional que según el Tribunal estaría presente en el caso examinado. La elección de la figura es desacertada por dos motivos.

Por un lado ocurre que, sencillamente, las características del tipo de práctica análoga a la esclavitud seleccionada por el Tribunal Europeo no permiten aplicarla a los hechos del caso. En concreto, cuando se trataron los cuatro tipos de prácticas proscritas en la Convención Suplementaria de 1956, se entendió que, la última de ellas, la adopción de niños para su explotación, poseía unas características muy determinadas. Como allí se demostró, esta práctica fue concebida como la transmisión de un niño por adopción o casi-adopción, por sus padres o tutores a otra persona, con la intención – tanto de unos como de otros – de que el menor fuera explotado. De hecho, en aquel momento se puntualizó con particular énfasis que esta servidumbre no tendría lugar donde los padres o tutores dieran en adopción al niño sin intención alguna de que éste fuese explotado. Teniendo en cuenta tales requisitos parece difícil alinearse con el parecer del Tribunal Europeo para concluir con que en el *Asunto de Siliadin* la joven había sido sometida a esta práctica análoga a la esclavitud. Esto se ve con más claridad relacionando directamente las condiciones necesarias de la figura con los hechos sucedidos en el caso. Así, en primer lugar no puede afirmarse que se hubiera dado un traspaso por los padres o tutores de la patria potestad de la joven. La situación inicial consistía en una acogida temporal<sup>620</sup> de la Srta. Siliadin por parte de unos conocidos en Francia quienes, en teoría, regularizarían su estatus migratorio en el país y la escolarizarían. En segundo lugar, en ningún momento se pone sobre la mesa que la motivación subyacente a la entrega de la menor fuera que se la explotara, muy al contrario, la intención de su padre, según concluye el propio Tribunal, sería que se la enviara al colegio.<sup>621</sup> Por todo ello, no podría defenderse que la servidumbre convencional específicamente identificada por el TEDH fuera la figura de explotación a la que la Srta. Siliadin había sido sometida ya que no se encuentran en los hechos los elementos que conforman la figura legal.

Junto a esto, desde otra línea argumentativa, se ha sostenido que la interpretación del TEDH habría sido errónea. Desde su área de estudio, Allain explicaría que en este pronunciamiento el Tribunal Europeo habría elevado el umbral requerido para identificar un caso de esclavitud bajo el Convenio Europeo al considerar como tal

---

<sup>620</sup> Siguiendo los hechos del dictamen del TEDH: “The applicant's uncle stated that (...) Mrs B., (...) had told him that a certain amount was set aside every month (...), which would **be given to her when she left (...)**” (Resaltado añadido) (*Case of Siliadin v. France*, párr. 39).

<sup>621</sup> Según admite el TEDH: “As **she had not been sent to school, despite the promises made to her father (...)**” (Resaltado añadido) (*Case of Siliadin v. France*, párr.128).



exclusivamente a la esclavitud *de jure*, y que habría confundido a la servidumbre con la esclavitud *de facto*.<sup>622</sup>

Analizada la viabilidad del resultado de este dictamen y antes de desenmascarar algunos conflictos que surgen en el ámbito del Artículo 4 del CEDH, una breve referencia al desenlace del caso muestra cómo la Convención despliega sus efectos. En él, el Tribunal debía determinar si el Estado había violado alguna obligación con su actuación. Para ello, tras identificar que la conducta soportada por la Srta. Siliadin era encuadrable en el Artículo 4 del CEDH, evaluaría si el Estado proveía protección suficiente a las personas bajo su jurisdicción ante las violaciones de los derechos consagrados. El Tribunal dictaminaría que, ante determinadas materias, la protección proporcionada por el derecho civil es insuficiente requiriéndose acudir al derecho penal para lograr una disuasión efectiva. En *Siliadin*, habría ocurrido que la demandante no pudo ver condenados bajo la ley penal a los responsables de la violación de su derecho debido a la falta de actuación del fiscal y a las características de la legislación en vigor en aquel momento. Sobre esto, el TEDH concluiría con que la legislación criminal aplicable no le habría proporcionado protección real y efectiva contra las acciones de las cuales fue víctima por lo que el Estado habría violado sus obligaciones positivas bajo el Artículo 4 del CEDH.<sup>623</sup> Con este desenlace – y aquí la utilidad de este breve desvío –, el Tribunal Europeo habría reconocido por primera vez la existencia y la violación de obligaciones positivas bajo la garantía de esta disposición.

---

<sup>622</sup> Jean Allain, “The Definition of “Slavery” in General International Law and the Crime of Enslavement within the Rome Statute”, en *Guest Lecture Series of the Office of the Prosecutor, ICC-CPI and individual authors* (The Hague, 26 April 2007): párr. 36 y 37. [https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/069658BB-FDBD-4EDD-8414-543ECB1FA9DC/0/ICCOTP20070426Allain\\_en.pdf](https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/069658BB-FDBD-4EDD-8414-543ECB1FA9DC/0/ICCOTP20070426Allain_en.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].

<sup>623</sup> En palabras del TEDH: “[T]he Court has **held in a case concerning rape that “the protection afforded by the civil law in the case of wrongdoing of the kind inflicted on Miss Y is insufficient. Effective deterrence is indispensable in this area and it can be achieved only by criminal-law provisions (...).” “[I]n the instant case, the applicant, who was subjected to treatment contrary to Article 4 and held in servitude, was not able to see those responsible for the wrongdoing convicted under the criminal law.”** “[A]s the Principal Public Prosecutor did not appeal on points of law against the Court of Appeal’s judgment of 19 October 2000, the appeal to **the Court of Cassation concerned only the civil aspect of the case and Mr and Mrs B.’s acquittal thus became final.**” “In addition, (...), **Articles 225-13 and 225-14 of the Criminal Code, (...) were open to very differing interpretations from one court to the next, as demonstrated by this case, (...) in which a court of appeal had unexpectedly declined to apply Articles 225-13 and 225-14.**” “In those circumstances, the Court considers that **the criminal-law legislation in force at the material time did not afford the applicant, a minor, practical and effective protection against the actions of which she was a victim.**” “The Court thus finds that (...) there has been a **violation of the respondent State’s positive obligations under Article 4 of the Convention**” (Resaltado añadido) (*Case of Siliadin v. France*, párr. 144-149).

### 2.3.3. Repensando el constructo del TEDH sobre el Artículo 4 del CEDH

#### 2.3.3.1. Conflictos internos en el constructo del Artículo 4 del CEDH tras *Siliadin*

Llegados a este punto hay que poner de relieve una cuestión que no podría haberse introducido antes sin conocerse lo que ahora se conoce. Para ello, hay que situarse en el momento en el que se explicó la introducción de la prohibición de la trata de personas en el ámbito del Convenio Europeo con ocasión del *Asunto de Rantsev*. Allí, al hablar de cuál era el espíritu y finalidad del Artículo 4 del CEDH y del momento de su identificación por parte del TEDH con vistas a que su determinación pudiera permitir la introducción de aquellas violaciones de derechos humanos que compartiesen la sustancia del derecho, se mostró cómo el Tribunal habría descubierto que lo que unía a las materias proscritas en aquella disposición sería que en ellas se ejercían las “facultades vinculadas al derecho de propiedad”, esto es, se identificaba que lo que allí se recogían eran formas de esclavitud, es decir, esclavitud.

Refrescado esto, ahora hay que dirigir la atención hacia la dinámica seguida en el examen llevado a cabo por el Tribunal Europeo en el *Asunto de Siliadin* y hacia el resultado que este dictamen arroja. En este caso, el Tribunal ha entendido, en principio, que las tres conductas expresamente prohibidas en el Artículo 4 del CEDH son diferentes por cuanto vienen reguladas en tratados internacionales distintos que muestran definiciones y caracteres propios de cada una de ellas, lo cual le llevaría a realizar un análisis de sus alcances en consonancia con sus contenidos dispares. Esto es, el TEDH resolvería que el hecho de que se pudiera dar trabajo forzoso no implicaría necesariamente que se diera servidumbre – a pesar de que en este punto el análisis distintivo muestra una incipiente asociación entre ambas –, y que el hecho de que se diera servidumbre no implicaría que se diera esclavitud,<sup>624</sup> y ello, porque las tres no son una misma cosa.

Poniendo en relación los dos tipos de razonamientos, el seguido en *Siliadin*, primero, y el elaborado en *Rantsev*, después, el entendimiento de los tipos de explotación consagrados en el Artículo 4 del CEDH por parte del Tribunal Europeo se puede calificar de errático. Efectivamente, en el año 2005 el TEDH entendía que cada

---

<sup>624</sup> Con fidelidad en las palabras del TEDH: “In these circumstances, the Court considers that **the applicant was, at the least, subjected to forced labour** within the meaning of Article 4 of the Convention at a time when she was a minor.” “**It remains for the Court to determine whether the applicant was also held in servitude or slavery**” (Resaltado añadido) (*Case of Siliadin v. France*, párr. 120 y 121).

una de las figuras estaría compuesta por sus propios elementos distintivos y, en el año 2010, tras abrazar la existencia de la esclavitud de hecho, establecerá que los rasgos definitorios de la esclavitud – esto es, la esclavitud – son la substancia común de todas las materias que hayan de contenerse en aquella disposición.

El Tribunal parece no haberse planteado el sinsentido que ocasiona en su propia jurisprudencia plantear a esta última construcción como cierta. Esto es, si la esencia que subyace en el Artículo 4 del CEDH es que todas aquellas conductas son una forma de esclavitud, ¿cómo es esto reconciliable con el hecho de que donde quepa una figura no quepa otra? Así, atendiendo a algunos pronunciamientos jurisprudenciales del TEDH, en *Siliadin*, si aquello – la substancia del derecho subyacente – es así ¿cómo es posible que se diera – según indicaría el TEDH – como mínimo trabajo forzoso y servidumbre, pero no esclavitud? O, poniendo al *Asunto de Rantsev* en relación con otro caso posterior, el *Asunto de M. y Otros c. Italia y Bulgaria* del año 2012, ¿cómo es posible que en el primero se defienda una conceptualización de la esclavitud *de facto* y en el segundo, dos años más tarde, se entienda que la esclavitud sigue el concepto que se estableció en *Siliadin* – la esclavitud *de jure* –? Es más, ¿cómo se explica que en el mismo pronunciamiento del año 2012, tras determinar que la esclavitud de derecho es la que rige bajo el CEDH – en sintonía con *Siliadin* –, se defienda que la prohibición de la trata de personas tiene cabida bajo el Convenio puesto que en ella se identifican los atributos del derecho de propiedad – en armonía con *Rantsev* –? Esto es, ¿cómo se reconcilia que en la misma sentencia el TEDH proclame que bajo el Convenio la esclavitud es la esclavitud de derecho y, dos párrafos más abajo, afirme que la trata tiene cabida en el Convenio porque es esclavitud de hecho?<sup>625</sup> Esto ya no sería un alejamiento del precedente marcado, sino una contradicción.

Desafortunadamente, las incongruencias generadas por la jurisprudencia del Tribunal Europeo en este ámbito no podrán cesar – y de hecho no cesan – hasta que no se reparen los pilares de base sobre los que se erige todo el constructo que subyace al Artículo 4 del CEDH.

---

<sup>625</sup> Observando la elección de términos del TEDH al proceder a concretar el significado de los tipos de explotación contenidos en el Artículo 4 del CEDH en el *Asunto de M. y Otros c. Italia y Bulgaria*:

“149. In *Siliadin*, considering the scope of “slavery” under Article 4, the Court referred to the **classic definition of slavery contained in the 1926 Slavery Convention**, which required the exercise of a **genuine right of ownership** and reduction of the status of the individual concerned to an “object” (...)

151. In *Rantsev*, the Court considered that **trafficking in human beings**, by its very nature and aim of exploitation, is **based on the exercise of powers attaching to the right of ownership** (...)” (Resaltado añadido) (*Case of M. and Others v. Italy and Bulgaria*, 31/07/2012).

Así, mostrando otro ejemplo de las contradicciones susceptibles de generarse bajo la construcción teórica que, en relación a la disposición que aquí ocupa, mantiene el TEDH en su jurisprudencia, se puede citar al *Asunto de C.N. y V. c. Francia* del año 2012. Este caso ocasiona que, a pesar de que un poco más arriba se había reconocido como laudable el hecho de que el Tribunal se esforzase en construir una definición de servidumbre, los elogios deben reservarse exclusivamente para el mero intento. Esto será así puesto que, en este nuevo pronunciamiento, se habrá resuelto que “la servidumbre se corresponde a un tipo especial de trabajo forzoso”, en concreto, a un tipo agravado de trabajo forzoso.<sup>626</sup> Esta afirmación no hará más que aumentar el *chaos* dentro de las lindes del Artículo 4 del CEDH.

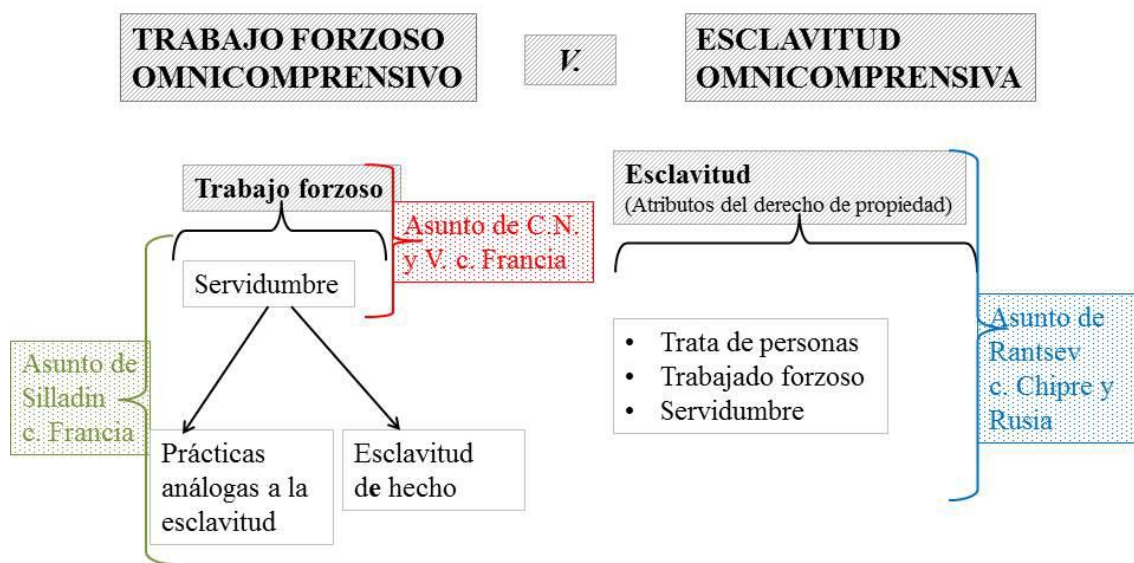
Efectivamente, a estas alturas se seguirá sin dificultad la confusión y el desorden que produce que el TEDH subsuma a la servidumbre en el trabajo forzoso. Para apreciar el embrollo, debe partirse de que, como resultado de *Siliadin* – año 2005 –, la servidumbre incluye a las prácticas análogas a la esclavitud consagradas en la Convención Suplementaria de 1956 y a la esclavitud de hecho – dejando dentro del concepto de esclavitud sólo a su manifestación *de jure* –. Esta afirmación puede considerarse vigente en la jurisprudencia del Tribunal puesto que a pesar de que posteriormente, con *Rantsev* – año 2010 –, se ha reconocido que la esclavitud, siguiendo los pasos del TPIY, abarca a la esclavitud de hecho, en otros lugares – *M. y Otros c. Italia y Bulgaria*, año 2012 – el Tribunal Europeo ha seguido afirmando que bajo el CEDH rige el concepto de esclavitud de derecho – lo cual, ya se expuso, ocasiona su propio enredo –. Así las cosas, hay que centrarse en el enunciado inicial, a saber, que bajo la lógica del TEDH la servidumbre comprenderá tanto a las prácticas análogas a la esclavitud como a la esclavitud de hecho. Si a esto se le suma que el Tribunal mantiene que el global de esta práctica es un tipo de trabajo forzoso, la controversia está servida. Nuevamente entrarían en juego las problemáticas derivadas de considerar al trabajo forzoso como un concepto omnicomprensivo (*vid ut supra* apdo. 3.3. Capítulo II). Y, además, en añadidura a aquellas dificultades que ya podríamos denominar *clásicas*, se sumarían nuevos conflictos que, tendrían origen directo en el propio razonamiento del

---

<sup>626</sup> Según el tenor utilizado por el TEDH: “In the light of these criteria the Court observes that **servitude corresponds to a special type of forced or compulsory labour** or, in other words, “**aggravated forced or compulsory labour**. As a matter of fact, the fundamental distinguishing feature between servitude and forced or compulsory labour within the meaning of Article 4 of the Convention lies in the victim’s feeling that their condition is permanent and that the situation is unlikely to change. It is sufficient that this feeling be based on the above-mentioned objective criteria or brought about or kept alive by those responsible for the situation” (Resaltado añadido) (*Case of C.N. and V. v. France*, párr. 91).

TEDH. Esto es, es una contradicción en sí misma mantener que las servidumbres convencionales y la esclavitud de hecho son un tipo de trabajo forzoso – presentación del trabajo forzoso como un concepto omnicomprendivo – y, al mismo tiempo defender – siguiendo la mecánica de *Rantsev* –, que el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad – la idiosincrasia de la esclavitud – es lo que comparten las figuras consagradas en el Artículo 4 del CEDH y, por lo tanto, lo que permitirá la inclusión de nuevas figuras, es decir, mantener que el trabajo forzoso es esclavitud – presentando ahora a la esclavitud como un concepto omnicomprendivo –. Dicho en puridad, siguiendo el constructo del TEDH, la esclavitud – de hecho – es trabajo forzoso y el trabajo forzoso es esclavitud – de hecho –.

Esta construcción imposible, germinada en la jurisprudencia del Tribunal sobre el Artículo 4 del CEDH, en la que se estará dotando de un carácter omnicomprendivo a dos conductas dentro de una misma disposición, puesta sobre el papel quedaría así:



#### 2.3.3.2. Soluciones a los conflictos internos del Artículo 4 del CEDH y las consecuencias de su no resolución

Tal y como se dijo un poco más arriba, solucionar los conflictos internos que campan en el constructo del Artículo 4 del CEDH elaborado por el Tribunal Europeo va a requerir que se reparen los pilares de la disposición.

Cuando en este trabajo se presentó por primera vez la cuestión de la identificación por parte del TEDH del espíritu y finalidad del Artículo 4 del CEDH con ocasión del

*Asunto de Rantsev*, se explicó que, si se atendía a lo que ya se sabía sobre las particularidades de las diferentes conductas de explotación y sobre la imposibilidad de subsumir a unas en otras, no era viable atribuir al *ejercicio de facultades vinculadas al derecho de propiedad* el rol de substancia del derecho que vincula a las conductas prohibidas en la disposición. De hecho, se sostuvo que mantener este razonamiento dinamitaría la propia estructura de aquel precepto, llenándolo de contradicciones insalvables. Y si esto ya se podía conocer atendiendo a la teoría, ahora, tras lo que acaba de ser expuesto, se ha mostrado que es completamente plausible en la práctica que aquí ocupa, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo. Además, adelantando lo que está por venir, cabe decir que mantener que aquella es la substancia del derecho protegido en el Artículo 4 del CEDH, traerá otras repercusiones que van más allá de generar contradicciones internas. Como avance, se puede apuntar que recorrer hasta su límite final el camino de las consecuencias susceptibles de generarse bajo el constructo del TEDH podría acarrear gravosos resultados para el Convenio Europeo y para su efectividad con respecto a su Artículo 4 en la jurisdicción de los Estados Miembros.

Dos soluciones han de proponerse para resolver el conflicto originado a través de la jurisprudencia del Tribunal y que mora en el Artículo 4 del CEDH. Primero, se requiere una revaluación de los conceptos de las conductas de explotación allí comprendidas puesto que, como ya se sabe, la caracterización de aquellas como figuras omnicomprendivas no encuentra sustento normativo, siendo además, particularmente insostenible intentar mantener que dos de ellas – el trabajo forzoso y la esclavitud – desempeñan tal rol en una misma disposición. Segundo, el espíritu y finalidad del Artículo 4 debe ser, asimismo, nuevamente evaluado y es que, sin esta modificación, la primera solución se quedará corta en el desempeño de su cometido. La sustancia del derecho protegido en aquella disposición no puede ser identificada con el *ejercicio de facultades vinculadas al derecho de propiedad* sin que de ello deriven dos consecuencias negativas. La primera, ya se ha visto y consistiría en generar que la esclavitud se presente como un concepto omnicomprendivo con las inviabilidades que esto acarrea. La segunda, recupera la idea introducida hace un momento sobre los gravosos resultados susceptibles de producirse sobre el Convenio. Y es que mantener que aquella es la esencia de la disposición a examen llevaría a deslegitimar la mecánica seguida por el Tribunal Europeo cuando interpretó evolutivamente al Artículo 4 del CEDH y, como resultado de esta praxis, llevaría a deslegitimar a su vez a la

introducción de la trata de personas en el CEDH. Los importantes acontecimientos que resultan de esta última cuestión llaman a centrarse en ella.

Para entenderse lo que se quiere decir hay que retomar algunas ideas previas. En concreto, cuando se introdujo que el Tribunal Europeo recurría a una interpretación evolutiva de las disposiciones del Convenio se explicó que tal recurso encontraba justificación en que con tal maniobra se buscaba asegurar que este Tratado de derechos humanos fuera permanentemente efectivo en la realidad cambiante en la que opera. Este actuar, vendría siendo rechazado por los *originalistas* quienes consideran que una interpretación dinámica sería contraria a la legítima intención de los redactores y daría rienda suelta a un *creacionismo* de los jueces quienes, para ellos, no deberían decidir qué interpretación ofrecería un mejor entendimiento desde un punto de vista jurídico ya que la opción interpretativa a defender requiere de una justificación normativa. Sin embargo, el propio Convenio Europeo demanda que los derechos en él protegidos sean preservados y desarrollados justificándose así el recurso a una interpretación de corte evolutivo sobre ellos, la cual, para no considerarse como un *creacionismo* de los jueces, estará sometida a requisitos que la legitiman. Así, se necesita que la conducta que se pretende incorporar venga avalada por desarrollos del derecho internacional que denoten que sobre ella existe un estándar actual común y que la misma esté vinculada al derecho protegido porque comparte su esencia, de manera que si aquella se excluyera golpearía la sustancia misma de la libertad que se busca garantizar en la disposición del Convenio. Es por esta búsqueda de la legitimidad de su actuación que el Tribunal Europeo en el *Asunto de Rantsev* debía discernir cuál era el espíritu y finalidad del Artículo 4 del CEDH<sup>627</sup> con vistas a determinar si la prohibición de la trata de personas estaría vinculada a tal substancia, a la esencia que el precepto protege, y, por ende, si se la podría incluir a través de una interpretación evolutiva de aquella disposición.

El problema es que, como se ha demostrado ampliamente, el descubrimiento del espíritu y finalidad del Artículo 4 del CEDH no es el adecuado. Esto se habrá hecho evidente al mostrar cómo, consecuencia de identificar al *ejercicio de facultades vinculadas al derecho de propiedad* como sustancia del derecho allí protegido, se dinamita la estructura del precepto consagrado en 1950, se generan contradicciones

---

<sup>627</sup> Volviendo a traer los términos exactos utilizados por el TEDH: “[T]he Court considers it appropriate in the present case to examine the extent to which trafficking itself may be considered to run counter to the spirit and purpose of Article 4 of the Convention (...)” (Resaltado añadido) (*Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, párr. 279).

insalvables en el interior de la propia disposición que llevarían incluso, de seguir con fidelidad la sucesión de eventos, a excluir materias allí resguardadas cuando no alcanzaran el umbral requerido por la esencia común identificada por el Tribunal, y, asimismo, se imposibilitaría la inclusión de otras figuras en el futuro.

La resulta de estos hechos se anunció tiempo atrás al exponer la incorporación de la prohibición de la trata en el Convenio cuando se comentaba que, a pesar de los beneficios que esto supondría para la práctica del derecho, el algoritmo utilizado para lograr tal inclusión no era el deseado. Y es que, si se recorre hasta el final el camino que marca el razonamiento del TEDH, el descubrimiento de la prohibición de la trata de personas en el Convenio no sería legítimo puesto que, al no habérsela introducido en base a la verdadera sustancia del derecho, no vendría avalada por una justificación normativa. De hecho, debido a que falta este requisito indispensable para posibilitar la puesta en práctica de la interpretación dinámica, podría alegarse que su descubrimiento dentro del Artículo 4 del CEDH no ha sido tal puesto que no se ha identificado el vínculo entre la sustancia del derecho protegido y la nueva libertad que se buscaba garantizar, y que, cumpliendo los más temidos pronósticos de los *originalistas*, el resultado del constructo presentado ha sido producto de un *creacionismo* de los jueces.

En un breve apunte introducido más arriba se adelantó que la resolución de esta situación pasará por descubrir la justificación normativa válida, esto es, la verdadera sustancia del derecho protegido que legitima la opción interpretativa adoptada. La propuesta que se mantiene aquí es la que sigue: el Tribunal Europeo deberá (re)descubrir la auténtica esencia y finalidad del Artículo 4 del CEDH y ésta no puede ser otra que la prohibición de la explotación de las personas. La viabilidad de esta proposición ya se conoce puesto que, como ha sido ampliamente expuesto al presentar los caracteres distintivos de un más extenso catálogo de conductas de explotación (*vid ut supra* Capítulo II), las conductas prohibidas bajo el Artículo 4 del CEDH poseen tal naturaleza. Además, descubrir que ésta es la sustancia del derecho contenido en aquella disposición encontraría un terreno propicio, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo, para el desenvolvimiento en la práctica de este nuevo descubrimiento.

En efecto, en la jurisprudencia del TEDH la representación de la explotación como la sustancia del derecho protegido en el Artículo 4 del CEDH recibiría una acogida favorable. De hecho, mantener que aquella es un vínculo válido que une a las conductas



allí comprendidas se puede defender siguiendo la propia lógica del Tribunal Europeo. Así, por ejemplo, en el *Asunto de Rantsev* el Tribunal se ocupó de demostrar que en la comunidad internacional existe un estándar actual común en cuanto a la prohibición de la trata de personas y que el concepto de la trata que contaría con tal apoyo es el consagrado en el Protocolo de Palermo y en el Convenio de Varsovia, siendo en este tenor que se la entiende comprendida en el Convenio Europeo. Es justamente, al considerársela introducida en tales términos que el Tribunal estaría expresamente aceptando que tanto el trabajo forzoso, como la servidumbre y la esclavitud son catalogables bajo la categoría de *finalidades de explotación de las personas* puesto que, como sin duda se recuerda, estas tres conductas estarían listadas en la enumeración de aquellos posibles fines de explotación a los que la trata es susceptible de dirigirse. Asimismo, en el *Asunto de C.N. y V. c. Francia*, el Tribunal diría que el trabajo doméstico que la víctima había debido desempeñar era explotación la cual ascendería, como tal, a trabajo forzoso y a servidumbre.<sup>628</sup> Con estos dos reconocimientos, el uno tácito y el otro expreso, no puede más que entenderse que el Tribunal acepta que las conductas con cabida en el Artículo 4 del CEDH comparten una esencia de explotación todo lo cual respalda la adecuación de adoptar este concepto como sustancia del derecho protegido en aquella disposición del Convenio Europeo.

Una vez descubierta que la verdadera sustancia del derecho protegido en el Artículo 4 del CEDH es la prohibición de la explotación de las personas, la interpretación evolutiva del precepto que habrá dado cabida a la prohibición de la trata encontrará una justificación normativa y la inclusión de esta conducta en el Convenio Europeo será legítima. Además, en cuanto ésta es la verdadera esencia que vincula a todas las conductas allí prohibidas desaparecen los conflictos generados bajo la identificación errónea de la sustancia del derecho hecha en *Rantsev*.

---

<sup>628</sup> Siguiendo al TEDH: “In the present case the Court considers that **the first applicant was forced to work so hard that without her aid Mr and Mrs M. would have had to employ and pay a professional housemaid**. The second applicant, on the other hand, has not adduced sufficient proof that (...) victim of ill-treatment by her aunt, (...) the said violence was directly linked to **the alleged exploitation, that is, to the housework in question**. The Court is therefore of the opinion that the ill-treatment inflicted on the second applicant by her aunt does not fall within the scope of Article 4.” “**The Court therefore concludes that the first applicant was subjected to “forced or compulsory labour”** within the meaning of Article 4 § 2 of the Convention (...)”. “(...) **The Court therefore considers that the first applicant was effectively kept in a state of servitude** by Mr and Mrs M.” (Resaltado añadido) (*Case of C.N. and V. v. France*, párr. 75, 79, 92).

Todo lo dicho no es para tomarse a la ligera y trasciende a una mera construcción teórica abstraída de la realidad. En esto, ya se advirtió que la problemática expuesta, de no ser resuelta, plantea gravosos resultados para la efectividad del Convenio con respecto a su Artículo 4 en la jurisdicción de los Estados Firmantes. Efectivamente, dicho en bruto, los Estados están vinculados en última instancia al Convenio Europeo y no al *creacionismo* de los jueces, y de ahí la necesidad de que su labor interpretativa encuentre una justificación normativa última que la legitime con vistas a que no pueda ser calificada como tal. Allí donde no exista esta justificación normativa, se podría defender con éxito que tampoco existen obligaciones exigibles a los Estados Miembros. Esto es, la consecuencia final de mantener la introducción de la prohibición de la trata de personas en el Convenio Europeo sin causa en una norma supondrá que su incorporación no ha sido legítima y que, por lo tanto, tampoco se podrían atribuir obligaciones positivas legítimas a los Estados con fundamento en su base. De hecho, aquí estaría peligrando una garantía central de la seguridad jurídica, el imperio de la ley. Efectivamente, como recordaban Peces-Barba *et al*, en cuanto al ejercicio del poder, la seguridad jurídica deriva de identificar los cauces o reglas de procedimiento necesarios para que las normas creadas sean válidas y las actuaciones de los operadores jurídicos se sujeten a un procedimiento preestablecido que garantice un igual tratamiento de quienes están sometidos a un ordenamiento jurídico y, ciertamente, en tal Estado de Derecho, los jueces actuarán bajo estas dos dimensiones puesto que al tiempo participan en procedimientos de creación normativa y en procedimientos de actuación como operador jurídico en cuanto resuelven la pretensión que se les presenta y, en muchos casos, crean Derecho.<sup>629</sup>

Este es el desenlace desfavorable cuyo encuentro se anunciaba de recorrerse hasta su límite final el camino de las consecuencias susceptibles de generarse bajo el constructo del TEDH. En esto, el efecto generado sería el contrario al buscado, de manera que la maniobra del Tribunal que pretende garantizar un desarrollo de los derechos contenidos en el CEDH que los haga efectivos en el tiempo, podría terminar por privar de eficacia a la disposición del propio Convenio. Efectivamente, tomándose en cuenta lo dicho, en teoría, un Estado podría impugnar la legitimidad de la inclusión de la prohibición de la trata de personas debido al constructo que la respalda y, por lo tanto, la legitimidad de las obligaciones positivas que le son exigibles en virtud del

---

<sup>629</sup> Peces-Barba Martínez *et al*. “Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General”, 250 y 251.

incorrecto descubrimiento de esa materia, sosteniendo que no encuentran base normativa en el Convenio que las haga vinculantes. Asimismo, cabe plantearse el resultado de mantenerse fiel al argumento del Tribunal en los asuntos futuros de trata de personas que se le presenten en los que, indiscutiblemente, el ejercicio de facultades vinculadas al derecho de propiedad no estén presentes. En esos casos, teniendo en cuenta que esa trata no encontraría cabida en aquella substancia del Artículo 4 del CEDH identificada por el Tribunal, cabría preguntarse si puede el Estado concernido alegar que no estaba vinculado a acatar ninguna obligación positiva. Así, por ejemplo, ¿puede un Estado esgrimir ante un caso de trata con fines de extracción de órganos que, en virtud del CEDH, no le correspondía ningún deber de actuar porque en aquel no se identifica el ejercicio de facultades vinculadas al derecho de propiedad careciendo, por lo tanto, de legitimidad cualquier obligación positiva exigida que no encuentre base en aquella substancia?

#### 2.3.4. Las obligaciones positivas en materia de trata de personas

En el año 2005 con ocasión del *Asunto de Siliadin* se reconoció por vez primera la existencia de obligaciones positivas bajo el Artículo 4 del CEDH. No será hasta el año 2010, con el *Asunto de Rantsev*, que el Tribunal determinará, a raíz de haber identificado que la prohibición de la trata de personas sería en sí misma contraria al espíritu y finalidad de aquella disposición, que una serie de obligaciones positivas específicas sobre esta materia serían exigibles a los Estados Miembros del Convenio Europeo. Con este nuevo pronunciamiento no sólo se reconocerá que en virtud del Artículo 4 del CEDH a los Estados les corresponderían mandatos de actuar sino que, además, las nuevas obligaciones positivas no se limitarán a la penalización y al enjuiciamiento efectivo de cualquier acto dirigido a mantener a una persona en la situación prohibida. Efectivamente, aquellas carencias que fueron apuntadas tras el reconocimiento de las obligaciones en *Siliadin* y que habrían motivado manifestaciones de insatisfacción por parte de la doctrina, serían objeto de atención del Tribunal quien nutriría a los deberes del Estado de nuevos aspectos destacando, notablemente, la protección de las víctimas.

#### 2.3.4.1. Los hechos del *Asunto de Rantsev* que generarán la adopción de obligaciones positivas sobre trata

El *Asunto de Rantsev* se origina en el año 2004 con la demanda del Sr. Nikolay Mikhaylovich Rantsev, nacional ruso, contra la República de Chipre y la Federación Rusa con motivo de una serie de actuaciones realizadas por las autoridades de aquellos países con anterioridad y posterioridad a la muerte de su hija, la Srta. Oxana Rantseva.

La Srta. Rantseva había llegado a Chipre en el año 2001 con la intención de trabajar en un cabaret. El propietario del local habría gestionado una visa de “artista” y un permiso de trabajo. Tres días después de haber comenzado a trabajar decidiría dejar su empleo. Transcurrido algo más de una semana será avistada en una discoteca en Limassol por otra trabajadora del cabaret. Ésta alertaría a su empleador quien se presentaría en el local en compañía de un guardia de seguridad de su cabaret con la intención de recoger a la Srta. Rantseva. Posteriormente la llevarían a la estación central de policía para dejarla bajo la alegación de que “era ilegal”. A raíz de tal declaración, los oficiales de policía procederían a comprobar el estatus de la situación administrativa de Rantseva concluyendo, tras las investigaciones pertinentes, que no se encontraba en Chipre de manera irregular. Tras este proceso, el policía en servicio contactará al ex empleador comunicándole que, si él no venía a buscarla, en comisaría debían seguir instrucciones de dejarla marchar. Ante este aviso, el antiguo empleador iría a la estación de policía a recoger a Rantseva, su pasaporte y otros documentos procediendo, a continuación, a llevarla al apartamento de uno de sus empleados. Llegarían sobre las 5.45 a.m. y a las 6.30 a.m. la joven sería hallada muerta en la calle frente al apartamento. En el balcón de la habitación en la que la habían alojado la policía encontraría una sábana atada. Un vecino declararía que, mientras fumaba de madrugada en el balcón de su piso, vería caer algo similar a una sombra e inmediatamente después oiría un ruido como si algo se rompiera, sin gritos durante la caída, como si estuviera inconsciente. El resultado de la autopsia llevada a cabo por las autoridades chipriotas concluiría con que la pluralidad de lesiones encontradas en el cuerpo de Rantseva y en sus órganos internos habrían sido producto de la caída y que esta caída habría sido la causa de su muerte. Sosteniendo una conclusión similar, el Tribunal del Distrito de Limassol sentenciaría que la víctima en un intento de escapar del apartamento se habría lanzado al vacío falleciendo por motivo de la caída en circunstancias aparentemente accidentales, no pudiendo identificarse la concurrencia de responsabilidad penal de un

tercero. A pesar de estas conclusiones, posteriormente, en Rusia, una segunda autopsia solicitada por el demandante llegaba a un resultado diferente. En este nuevo examen se descubría que, sin duda posible, los traumatismos de la víctima se habían producido cuando ésta estaba aún en vida, con poca antelación antes del fallecimiento y de manera continuada uno tras otro en intervalos muy cortos. Esta nueva visión de los hechos, conjuntamente con la puesta de relieve de otra serie de incongruencias y nuevos testimonios sobre explotación sexual en el cabaret, llevará al demandante a buscar la reapertura del caso de su hija en Chipre. Lo que siguió a continuación fue una larga cadena de mala comunicación, inactividad y falta de cooperación entre las autoridades de Chipre y de Rusia que llevaría a que hubiera escasos avances, lo que terminará por motivar al demandante a acudir ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.<sup>630</sup> Estos hechos se habrían desarrollado bajo unas circunstancias muy particulares. En concreto, el Tribunal tendría en cuenta un informe del Defensor del Pueblo chipriota en relación a la condición de los *artistas* en Chipre. En él se explicaba que desde los años 1970 miles de mujeres jóvenes extranjeras habían ido a trabajar al país como artistas de cabaret, que parte de ellas no sabrían a qué se verían obligadas a dedicarse y que quienes conocían que, en realidad, ejercerían la prostitución, no estaban al corriente de las condiciones reales del trabajo.<sup>631</sup>

#### 2.3.4.2. El reconocimiento de las obligaciones positivas en materia de trata de personas

Con motivo de aquellos hechos, en el *Asunto de Rantsev*, el Tribunal Europeo identificará bajo el mandato del Artículo 4 del CEDH la existencia de tres tipos de obligaciones positivas en materia de trata de personas a acatar por los Estados Miembros. Éstas se concretan en la obligación positiva de establecer un marco legislativo y administrativo adecuado para combatir la trata, en la obligación positiva de adoptar medidas operativas destinadas a proteger a las víctimas de la trata y en la obligación procedimental de investigar los posibles casos de trata. Como es de lógica pensar, en la medida en que la prohibición de la trata de personas no venía inicialmente consagrada en el Convenio Europeo, las obligaciones positivas exigibles a los Estados en relación a esta materia serán implícitas. En esto, sólo resta averiguar cuáles son los elementos que componen la estructura interna de cada una de estas obligaciones y cuáles son las circunstancias que el Tribunal tiende a identificar en la práctica, con

---

<sup>630</sup> *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, párr. 13- 79.

<sup>631</sup> *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, párr. 80- 90.

ocasión de los asuntos presentados ante él, para determinar la suficiencia o insuficiencia de la actuación de los Estados en su cumplimiento.

#### 2.3.4.2.1. La obligación positiva de establecer un marco legislativo y administrativo adecuado sobre la trata de personas

El reverso de que a los Estados les sea exigible una obligación positiva de establecer un marco legislativo y administrativo adecuado sobre la trata de personas supone que su incumplimiento constituirá una violación del Artículo 4 del CEDH. Para valorar su cumplimiento, el Tribunal, con ocasión del caso concreto en el que deba dirimir la controversia, valorará el marco jurídico o reglamentario en vigor en el ordenamiento jurídico nacional. Concretamente, considerará si el espectro de salvaguardas establecido en la legislación doméstica sería adecuado para asegurar la protección práctica y efectiva de los derechos de las víctimas, tanto actuales como potenciales, de la trata de personas. Este espectro de salvaguardas será entendido de una manera amplia. Es decir, no se considera solamente la existencia o inexistencia de medidas de derecho penal dirigidas a castigar a los tratantes. Junto a éstas, bajo el Convenio Europeo va a requerirse que los Estados Miembros adopten medidas para regular aquellos negocios que son habitualmente utilizados como una tapadera para la trata de personas y que su normativa de inmigración aborde preocupaciones relevantes relacionadas con el estímulo, la facilitación o la tolerancia de la trata.<sup>632</sup>

Bajo esta obligación positiva el Tribunal dejará claro que el deber de penalizar y procesar los casos de trata de personas es sólo uno de los aspectos que componen la obligación general de combatir la trata. Es decir, la obligación de luchar contra la trata de personas debe entenderse en un contexto más amplio. Esto supone que junto a la obligación que recae sobre los Estados de promulgar un marco administrativo y legislativo, penal y procesal, que prohíba y castigue a la trata, el Tribunal admite que,

---

<sup>632</sup> En palabras del TEDH: “In assessing whether there has been a violation of Article 4, **the relevant legal or regulatory framework in place must be taken into account** (see, *mutatis mutandis*, *Nachova and Others v. Bulgaria* [GC], (...) § 93, ECHR 2005-VII). The Court considers that **the spectrum of safeguards set out in national legislation must be adequate to ensure the practical and effective protection of the rights of victims or potential victims of trafficking**. Accordingly, **in addition to criminal law measures to punish traffickers**, Article 4 requires member States to put in place adequate measures regulating businesses often used as a cover for human trafficking. Furthermore, a **State’s immigration rules must address relevant concerns relating to encouragement, facilitation or tolerance of trafficking** (see, *mutatis mutandis*, *Guerra and Others v. Italy*, 19 February 1998, §§ 58 to 60, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I; *Z and Others v. the United Kingdom* [GC], (...) §§ 73 to 74, ECHR 2001-V; and *Nachova and Others*, cited above, §§ 96 to 97 and 99-102)” (Resaltado añadido) (*Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, párr. 284).

debido al enfoque comprensivo que se adopta desde la comunidad internacional para combatirla, se requiere de una combinación de medidas. En particular, una lucha efectiva necesitará de la adopción de medidas para prevenirla y para proteger a sus víctimas, dirigiéndose – remarca el TEDH – a afrontar los tres aspectos clásicos – las 3Ps –, tal y como se prevé en el Protocolo de Palermo y en el Convenio de Varsovia.<sup>633</sup>

La pregunta que inevitablemente uno se plantea aquí es si el global de las medidas contenidas en aquellos dos instrumentos internacionales – medidas para dar satisfacción a las 3Ps – generan una obligación positiva para los Estados, exigible bajo el Convenio Europeo, de tal manera que la falta de adopción de cualquiera de ellas sería susceptible de dar lugar a una violación del Artículo 4 del CEDH. La búsqueda de una respuesta afirmativa, aunque atractiva desde una perspectiva enfocada a promover un mayor compromiso de los Estados con los derechos humanos, no tiene fácil sustento. Efectivamente, más adelante, con ocasión de la exposición de la obligación positiva de proporcionar medidas operativas de protección a las víctimas de la trata, se observará que los datos que permiten dar una respuesta a esta cuestión han recibido, aparentemente, un tratamiento desigual en la jurisprudencia del propio Tribunal. En particular, allí se reflejará que no siempre ha parecido entenderse que el global de las medidas contenidas en aquellos dos instrumentos internacionales fuera exigible a los Estados Miembros del Convenio Europeo a través de las obligaciones de actuar derivadas de su Artículo 4.

#### *Asunto de Rantsev c. Chipre y Rusia*

Antes se adelantó que, tras mostrar los elementos que conformaban cada una de las obligaciones positivas, se expondría cuáles son las circunstancias que el Tribunal tiende a identificar en la práctica, con ocasión de los asuntos presentados ante él, cuando

---

<sup>633</sup> Siguiendo al TEDH: “**In its *Siliadin* judgment, the Court confirmed that Article 4 entailed a specific positive obligation on member States to penalise and prosecute effectively any act aimed at maintaining a person in a situation of slavery, servitude or forced or compulsory labour (cited above, §§ 89 and 112). In order to comply with this obligation, member States are required to put in place a legislative and administrative framework to prohibit and punish trafficking. The Court observes that the Palermo Protocol and the Anti-Trafficking Convention refer to the need for a comprehensive approach to combat trafficking which includes measures to prevent trafficking and to protect victims, in addition to measures to punish traffickers (...). It is clear from the provisions of these two instruments that the Contracting States, including almost all of the member States of the Council of Europe, have formed the view that only a combination of measures addressing all three aspects can be effective in the fight against trafficking (...). Accordingly, the duty to penalise and prosecute trafficking is only one aspect of member States’ general undertaking to combat trafficking. The extent of the positive obligations arising under Article 4 must be considered within this broader context**” (Resaltado añadido) (*Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, párr. 285).

determina si la actuación del Estado ha sido suficiente o insuficiente para cumplir con sus exigencias. El reconocimiento de los datos que en la práctica revelan el cumplimiento o incumplimiento de una obligación positiva es imprescindible para conocer estos mandatos distinguiéndolos de todo lo que no cabe en ellos.

Con ocasión del *Asunto de Rantsev*, el Tribunal se centraría primeramente en identificar las circunstancias de la realidad susceptibles de revelar un cumplimiento o un incumplimiento de la obligación positiva de establecer un marco legislativo y administrativo adecuado sobre la trata de personas. Al valorar los elementos del caso, en lo tocante a Chipre, dictaminaría que la legislación penal sobre la trata de personas en vigor en el país era satisfactoria y que, por tanto, sobre este aspecto no se podría atribuir responsabilidad al Estado alegando un incumplimiento de esta obligación positiva. Sin embargo, a otro resultado se llegaría al considerar el marco general legal y administrativo y la adecuación de la política de inmigración. Es en esto que es interesante observar el análisis del Tribunal con vistas a identificar lo que éste considera como insuficiencias susceptibles de ocasionar el incumplimiento de la obligación y, en consecuencia, la violación del Artículo 4 del CEDH. En concreto, antes se decía que la normativa de inmigración debería abordar preocupaciones relevantes relacionadas con el estímulo, la facilitación o la tolerancia de la trata. De acuerdo con esto, el Tribunal va a entender que el régimen de las visas de artista en Chipre, en vista de que genera una situación de dependencia entre la solicitante y el empleador y una vulnerabilidad de aquella ante este, no proporcionaría una protección práctica y efectiva contra la trata y la explotación, lo que habría generado una vulneración del Artículo 4 del CEDH.<sup>634</sup> En

---

<sup>634</sup> Como dictaminó el TEDH: “The Court observes that in Cyprus **legislation prohibiting trafficking and sexual exploitation was adopted** in 2000 (...). [T]he Court does not consider that the circumstances of the present case give rise to any concern in this regard.” “However, as regards **the general legal and administrative framework and the adequacy of Cypriot immigration policy, a number of weaknesses can be identified.**” “Further, the Court emphasises that **while an obligation on employers to notify the authorities when an artiste leaves her employment (...)** is a legitimate measure to allow the authorities to monitor the compliance of immigrants with their immigration obligations, **responsibility for ensuring compliance** and for taking steps in cases of non-compliance **must remain with the authorities themselves. Measures which encourage cabaret owners and managers to track down missing artistes or in some other way to take personal responsibility** for the conduct of artistes **are unacceptable** in the broader context of trafficking concerns regarding artistes in Cyprus. Against this backdrop, the Court considers that **the practice of requiring cabaret owners and managers to lodge a bank guarantee to cover potential future costs associated with artistes which they have employed (...)** particularly troubling. The separate bond signed in Ms Rantseva’s case is of equal concern (...), as is the unexplained conclusion of the AIS that M.A. was responsible for Ms Rantseva and was therefore required to come and collect her from the police station (...).” “In the circumstances, the Court concludes that **the regime of artiste visas in Cyprus did not afford to Ms Rantseva practical and effective protection against trafficking and exploitation.** There has accordingly been a violation of Article 4 in this regard” (Resaltado añadido) (*Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, párr. 290-293).



el caso de Rusia, el Tribunal concluiría con que la obligación positiva de establecer un marco legislativo y administrativo adecuado sobre la trata de personas había sido satisfecha por cuanto no se había fallado en asegurar una protección práctica y efectiva de la víctima. Esto sería así puesto que, conociéndose como país de origen de flujos de trata, las autoridades del Estado ruso habrían realizado notables esfuerzos para publicitar los riesgos de la trata de personas a través de campañas de información en los medios de comunicación.<sup>635</sup>

#### 2.3.4.2.2. La obligación positiva de adoptar medidas de protección operativas

Dentro del contexto amplio en el que debe entenderse al combate de la trata de personas se incluye la adopción de medidas operativas para proteger a sus víctimas, tanto a las actuales como a las potenciales. La obligación positiva de adoptar medidas de protección operativas no surgirá en todo caso sino que, para que ésta se haga exigible, deberán darse determinadas condiciones. En concreto, las autoridades estatales tendrán la obligación de adoptar las medidas que sean apropiadas, en el alcance de sus facultades, para sacar a una persona de la situación de trata, o del riesgo de la situación de trata, siempre y cuando – y aquí entran las condiciones necesarias para su exigibilidad – conocieran, o debieran haber conocido, aquellas circunstancias reveladoras de una sospecha creíble de que un individuo identificado había estado, o estaba, en riesgo real e inmediato de ser tratado o explotado en el sentido del Protocolo de Palermo o del Convenio de Varsovia. Será bajo estos requisitos que la inactividad de las autoridades sería considerada como una violación del Artículo 4 del CEDH al entenderse incumplida la obligación de adoptar medidas operativas para proteger a individuos específicos de la trata de personas.<sup>636</sup>

---

<sup>635</sup> En palabras del TEDH: “The Court observes that the applicant does not point to any particular failing in the Russian criminal law provisions. Further, as regards the wider administrative and legal framework, **the Court emphasises the efforts of the Russian authorities to publicise the risks of trafficking through an information campaign conducted through the media (...).**” “(...) [T]he Court does not consider that the legal and administrative framework in place in Russia at the material time failed to ensure Ms Rantseva’s practical and effective protection in the circumstances of the present case.” (Resaltado añadido) (*Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, párr. 302 y 303).

<sup>636</sup> Según el TEDH: “As with Articles 2 and 3 of the Convention, Article 4 may, in certain circumstances, require a **State to take operational measures to protect victims, or potential victims, of trafficking** (see, *mutatis mutandis*, *Osman*, cited above, § 115; and *Mahmut Kaya v. Turkey*, (...) § 115, ECHR 2000-III). In order for a positive obligation to take operational measures to arise in the circumstances of a particular case, **it must be demonstrated that the State authorities were aware, or ought to have been aware, of circumstances giving rise to a credible suspicion that an identified individual had been, or was at real and immediate risk of being, trafficked or exploited** within the meaning of Article 3(a) of the Palermo Protocol and Article 4(a) of the Anti-Trafficking Convention. In the case of an answer in the

A pesar de que la obligación parece terminante – proteger a la víctima, actual o potencial, de la situación de trata, real o inminente, cuando ésta se conozca –, el Tribunal hará una precisión posterior que mostrará que sus términos no son tan categóricos. Templando su talante dirá que, debido a la dificultad que supone regular las sociedades modernas y a las elecciones operativas decididas en términos de prioridades y recursos, la obligación de adoptar medidas operativas de protección no debe interpretarse en forma que imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada. En todo caso, parece ser que para el Tribunal tres tipos de medidas comprendidas en el Protocolo de Palermo cumplirían esa necesaria proporcionalidad entre la realización de la obligación positiva y la moderación de la carga. En concreto nombrará únicamente a la exigencia de que los Estados se esfuercen – atención a la elección del término – en garantizar la seguridad física de las víctimas de la trata mientras se encuentren en sus territorios, en establecer políticas y programas integrales para prevenir y combatir la trata y en proporcionar capacitación pertinente a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y a los de inmigración.<sup>637</sup>

Con esto parece que se da un primer paso para definir la dirección que podría tomar la resolución de la duda expuesta durante el análisis de la obligación positiva anterior. Es decir, la cuestión planteada sobre si el global de las medidas que han sido consagradas en los dos tratados internacionales sobre trata – en satisfacción de las 3Ps – generaría una obligación positiva para los Estados en virtud del Convenio Europeo. Pues bien, en este estadio de la jurisprudencia, la respuesta sería negativa y, además, tendencialmente restrictiva. Sobre esto, el TEDH acabaría de prever que las exigencias sobre protección que nutren a la obligación positiva de proteger no sean imperativas. Ciñendo el relato a las certezas, se habría limitado a llamar a que los Estados *se esfuercen* para hacer efectivos tres mandatos generales. Esta graduación del nivel de

---

affirmative, **there will be a violation of Article 4 of the Convention where the authorities fail to take appropriate measures within the scope of their powers to remove the individual from that situation or risk** (see, *mutatis mutandis*, *Osman*, cited above, §§116 to 117; and *Mahmut Kaya*, cited above, §§ 115 to 116)” (Resaltado añadido) (*Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, párr. 286).

<sup>637</sup> Siguiendo el dictamen del TEDH: “Bearing in mind the **difficulties involved in policing modern societies and the operational choices which must be made in terms of priorities and resources, the obligation to take operational measures** must, however, be interpreted in a way which **does not impose an impossible or disproportionate burden on the authorities** (see, *mutatis mutandis*, *Osman*, cited above, § 116). **It is relevant to the consideration of the proportionality** of any positive obligation arising in the present case **that the Palermo Protocol**, signed by both Cyprus and the Russian Federation in 2000, **requires States to endeavour to provide for the physical safety of victims of trafficking while in their territories and to establish comprehensive policies and programmes to prevent and combat trafficking (...)**. States are also required **to provide relevant training for law enforcement and immigration officials (...)**” (Resaltado añadido) (*Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, párr. 287).

exigibilidad sigue la estela del Protocolo de Palermo donde, como se recordará, la visión de la trata de personas como un delito primaba sobre su percepción como una violación de derechos humanos por lo que las medidas de protección de las personas allí consagradas no se regulaban como exigencias inexcusables. De hecho es interesante – si es que esta es la palabra – que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos – el énfasis sobre su especialidad es aquí necesario – como órgano que aplica e interpreta el Convenio Europeo de Derechos Humanos – doble énfasis – haya elegido nombrar en este apartado exclusivamente al Protocolo de Palermo, dejando fuera al Convenio de Varsovia el cual adopta un enfoque más garantizador de los derechos humanos de los individuos.

*Asunto de Rantsev c. Chipre y Rusia*

Al igual que ocurriría en la exposición de la obligación positiva anterior, aquí también será de interés identificar cuáles son las circunstancias de la práctica tenidas en cuenta por el Tribunal Europeo para determinar si se ha dado el incumplimiento de la obligación positiva de adoptar medidas de protección operativas de las víctimas.

En el dictamen del *Asunto de Rantsev*, durante el análisis de la actuación de Chipre, el Tribunal se centrará en la obligación que correspondía al Estado, en virtud del Protocolo de Palermo, de proporcionar entrenamiento a la policía y a los funcionarios de inmigración en la prevención de la trata de personas. En este pronunciamiento, el Tribunal determinará que sobre las autoridades chipriotas recaía una obligación positiva de proteger a la Srta. Rantseva de la trata puesto que, atendiendo a las particularidades del caso, debían haber conocido las circunstancias reveladoras de una sospecha creíble de que se encontraba en riesgo real o inmediato de ser tratada o explotada. Esto sería así porque no cabía duda de que las autoridades eran conscientes de la utilización de las visas de artista en el país para tratar a mujeres extranjeras, particularmente desde la antigua Unión Soviética. A esto se sumaría que cuando la Srta. Rantseva fue llevada por su empleador a la comisaría de policía, éste declararía que ella era una nacional rusa, empleada como artista de cabaret, que había dejado el empleo y el alojamiento sin aviso y, para más evidencia, él presentaría los documentos de ella que tendría en su posesión. En la medida en que las autoridades, a pesar de los numerosos indicadores de que se encontraban ante un caso potencial de trata, no adoptaron medidas para proteger a la

víctima, el Tribunal concluiría con que se habría dado una violación del Artículo 4 del CEDH.<sup>638</sup>

En el caso de la actuación rusa el resultado sería diferente. Pasando a valorar los actos acaecidos en territorio ruso, el Tribunal recordará que la obligación de adoptar medidas operativas de protección de manera urgente requiere que se conozcan, o debieran conocerse, las circunstancias que generan una sospecha creíble de un riesgo real e inmediato para un individuo concreto, en este caso, para la Srta Rantseva. Fuera del perímetro delimitado por estos requisitos, la existencia de un riesgo general consistente en que las mujeres jóvenes viajasen a Chipre se considerará insuficiente para que esta obligación emerja. Todo lo cual implicaría que las circunstancias del caso no generaban ninguna obligación positiva atribuible a las autoridades rusas y que, consecuentemente, no habría habido violación del Artículo 4 del CEDH.<sup>639</sup>

---

<sup>638</sup> En palabras del TEDH: “In assessing whether a positive obligation to take measures to protect Ms Rantseva arose in the present case (...) There can (...) be no doubt that **the Cypriot authorities were aware that a substantial number of foreign women, particularly from the ex-USSR, were being trafficked to Cyprus on artistes visas** and, upon arrival, were being sexually exploited by cabaret owners and managers.” “(...) Ms **Rantseva was taken by her employer to Limassol police station**. Upon arrival at the police station, M.A. **told the police that Ms Rantseva was a Russian national and was employed as a cabaret artiste**. Further, he explained that she had only recently arrived in Cyprus, had left her employment without warning and had also moved out of the accommodation provided to her (...). He handed to them her passport and other documents (...).” “The Court recalls the **obligations undertaken by the Cypriot authorities** in the context of the Palermo Protocol and, subsequently, the Anti-Trafficking Convention **to ensure adequate training to those working in relevant fields** to enable them **to identify potential trafficking victims** (...). In particular, under **Article 10 of the Palermo Protocol**, States undertake to provide or strengthen **training for law enforcement, immigration and other relevant officials in the prevention of trafficking in persons**. In the Court’s opinion, **there were sufficient indicators available to the police authorities**, against the general backdrop of trafficking issues in Cyprus, for them **to have been aware of circumstances giving rise to a credible suspicion that Ms Rantseva was, or was at real and immediate risk of being, a victim of trafficking or exploitation**. Accordingly, **a positive obligation arose** to investigate without delay and to take any necessary operational measures to protect Ms Rantseva.” “In the present case, **the failures of the police authorities were multiple**. First, they **failed to make immediate further inquiries** into whether Ms Rantseva had been trafficked. Second, **they did not release her but decided to confide her to the custody of M.A.** Third, **no attempt was made** to comply with the provisions of Law (...) **to protect her**. The Court accordingly concludes that these deficiencies, (...) resulted in a **failure by the Cypriot authorities to take measures to protect Ms Rantseva**. There has accordingly been a violation of Article 4 in this respect also” (Resaltado añadido) (*Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, párr. 294 -298).

<sup>639</sup> Según el TEDH: “The Court recalls that any **positive obligation incumbent on Russia** to take operational measures **can only arise in respect of acts which occurred on Russian territory** (...).” “The Court notes that although the Russian authorities appear to have been aware of the general problem of young women being trafficked to work in the sex industry in foreign States, **there is no evidence that they were aware of circumstances giving rise to a credible suspicion of a real and immediate risk to Ms Rantseva herself prior to her departure for Cyprus**. It is insufficient, in order for an obligation **to take urgent operational measures to arise**, merely to show **that there was a general risk** in respect of young women travelling to Cyprus on artistes’ visas. Insofar as this general risk was concerned, the Court recalls that the Russian authorities took steps to warn citizens of trafficking risks (...).” “In conclusion, the Court does not consider that the circumstances of the case were such as to give rise to a positive obligation on the part of the Russian authorities to take operational measures to protect Ms

### *Decisión de V.F. c. Francia*

La *Decisión de V.F. c. Francia*, de finales del año 2011, declara la inadmisibilidad del caso presentado por la solicitante. El asunto concernía al procedimiento de deportación de la demandante desde Francia a su país de origen, Nigeria. Ella alegaba que de volver corría el riesgo de ser nuevamente captada por la red que la explotaba en la prostitución. El TEDH inadmitiría su solicitud al considerar que la información proporcionada era insuficiente para probar que la policía sabía o debía haber sabido que era una víctima de trata. No obstante, es relevante mencionar aquí un apunte sobre el parecer del Tribunal, introducido durante su toma de decisión, y que arroja información sobre las particularidades que conforman la obligación de proteger a las víctimas de la trata de personas exigible bajo el Artículo 4 del CEDH.

Anteriormente, un poco más arriba, se dijo que al entender que las medidas de protección de las víctimas no venían revestidas de un carácter imperativo se habría dado un primer paso para arrojar luz sobre la extensión en la que aquellas debían considerarse comprendidas bajo el CEDH. Con esta nueva decisión se daría un segundo paso que, además, despejará cualquier remanente de incertidumbre sobre el cariz restrictivo en el que el Tribunal ha entendido al contenido y a la exigibilidad de estas obligaciones.

Sobre esto, antes se dijo que los mandatos de protección que nutren a esta obligación positiva parecían seguir, exclusivamente, la estela marcada por el Protocolo de Palermo. En sintonía con aquella primera postura, en esta ocasión, el TEDH mostrará definitivamente que la perspectiva de protección que venía promoviendo tendría que ver más con Palermo que con Varsovia. Esto es, el Tribunal, en vez de tomar para sí una postura más enfocada con la garantía de los derechos humanos de las víctimas, habrá promovido una visión de la protección en consonancia con la ofrecida por un tratado internacional donde prima una visión de la trata como un delito y donde la víctima es considerada y protegida como tal, mayormente, en cuanto ésta está relacionada con el proceso penal.

Esta afirmación tiene fundamento en dos declaraciones hechas por el Tribunal en la *Decisión de V.F. c. Francia*. La primera se refiere a cuando el TEDH explica que la legislación francesa era adecuada para proteger a las víctimas de la trata puesto que el

---

Rantseva. There has accordingly been no violation of Article (...)” (Resaltado añadido) (*Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, párr. 304-306).

Código Penal francés permitiría “a toda víctima de la trata dirigirse a las autoridades y obtener protección” – atención al primer punto de inflexión – “a cambio de la denuncia de los miembros de la red”. La segunda vendría a continuación cuando el Tribunal afirma que, de igual manera, la legislación francesa es adecuada porque contiene disposiciones relativas a la protección jurídica y a la ayuda material a la que las víctimas pueden acceder – atención al segundo punto de inflexión – si denuncian o testifican en el proceso contra los miembros de la red de trata.<sup>640</sup> La percepción de la protección de las víctimas bajo estos dos enfoques podría mantenerse en el contexto de Palermo, pero nunca en el de Varsovia. De hecho, basta una disposición de este último tratado para sustentar tal aserción. Concretamente, la sexta puntualización contenida en el precepto sobre la asistencia a las víctimas de trata establece que aquella no puede proporcionarse a las víctimas condicionándola a su voluntad de actuar como testigos<sup>641</sup> y, como se ha enfatizado en el informe explicativo del Convenio del Consejo de Europa, bajo este artículo los negociadores pretendían dejar claro que la asistencia a las víctimas no podría hacerse depender de su cooperación con las autoridades competentes en investigaciones y en procedimientos penales.<sup>642</sup>

#### *Decisión de J.A. c. Francia*

Al igual que ocurría en el supuesto anterior, en la *Decisión de J.A. c. Francia*, de mediados del año 2014, el Tribunal declara la inadmisibilidad del caso presentado por la solicitante. Los hechos tenían comienzo en Nigeria con la oferta, hecha a la joven mujer, de la posibilidad de trabajar en Italia. Moviada por tal idea, llegaría al país por mar donde tras pasar por un Centro de Internamiento para Extranjeros se le celebraría una ceremonia de vudú por la cual quedaba obligada a obedecer a su proxeneta y a reembolsar la deuda financiera contraída al dejar Nigeria. A su llegada a Francia sería obligada a prostituirse en París. Tras un año, en el 2009, se escapa de la red nigeriana. Interpuesta demanda de asilo, ésta le será rechazada en varias ocasiones concluyéndose

---

<sup>640</sup> En palabras del TEDH : “Concernant l’obligation faite aux Etats d’élaborer une législation permettant d’incriminer les infractions relatives à la traite des êtres humains, la Cour constate que le code pénal interdit expressément le trafic à des fins d’exploitation sexuelle. **La législation française permet à toute victime de la traite de s’adresser aux autorités et obtenir une protection en échange de la dénonciation de membres d’un réseau.** Le CESEDA contient à ce titre des dispositions relatives à la **protection juridique et à l’aide matérielle auxquelles les victimes peuvent prétendre si elles souhaitent porter plainte ou témoigner dans une procédure impliquant les membres d’un réseau (...)**” (Resaltado añadido) (*Décision V.F. c. France*, Requête no 7196/10, 29/11/2011, p. 12).

<sup>641</sup> Artículo 12 apartado 6 Convenio de Varsovia.

<sup>642</sup> COE. *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, párr. 168.

que su narrativa de los hechos no era suficiente para establecer la realidad de los temores alegados según los cuales, en caso de que se la devolviera a Nigeria, estaría en riesgo de volver a ser captada por la red que, además, habría amenazado a su familia con tomar represalias. Sobre todo esto, la demandante alegará que las autoridades francesas estarían incumpliendo las medidas de protección necesarias puesto que aquella había indicado en varias ocasiones su condición de víctima de una red de prostitución y trata de personas.

Dos cuestiones merecen ser puestas de relieve. Por un lado, al igual que habría ocurrido en la *Decisión de V.F. c. Francia*, el Tribunal seguiría manteniendo una postura menos conforme con la visión de la trata como una violación de derechos humanos y más próxima con su concepción como delito. Manteniendo la armonía con los términos de Palermo repetiría que la legislación francesa permite que toda víctima de trata obtenga una protección a cambio de la denuncia de los miembros de la red o de testificar contra ellos.<sup>643</sup> Por otro lado, sobre si existía la obligación de adoptar medidas de protección sobre la demandante como víctima de trata, el Tribunal no pasará a examinar si J.A. requeriría protección sobre la situación a la que – exponía – sería sometida de volver a Nigeria. Omitiendo tal valoración, el TEDH indicaría simplemente que, tomando los eventos producidos en Francia, no podía reprocharse al Estado que no hubiera adoptado medidas eficaces y adecuadas para proteger a la demandante puesto que cuando estaba bajo el influjo de los tratantes no habría alertado a las autoridades y que, actualmente, no estaba en riesgo de manera real e inmediata de ser víctima de trata o de explotación.<sup>644</sup> Lo que queda claro aquí es que, en todo caso, el transcurso del tiempo tiene un valor determinante sobre la vigencia de la exigibilidad de esta obligación lo cual, como se verá más adelante con ocasión del *Asunto de J. y otros c.*

---

<sup>643</sup> Siguiendo al TEDH: “[L]a Cour a déjà constaté (...) que la législation française permet à toute victime de la traite des êtres humains de s’adresser aux autorités et **obtenir une protection en échange de la dénonciation de membres d’un réseau**. Elle rappelle que le code de l’entrée et du séjour des étrangers et du droit d’asile (CESEDA) contient à ce titre des dispositions relatives à la **protection juridique et à l’aide matérielle** auxquelles les **victimes peuvent prétendre si elles souhaitent porter plainte ou témoigner dans une procédure impliquant les membres d’un réseau**” (Resaltado añadido) (*Décision J.A. c. France*, 27/05/2014, párr. 35).

<sup>644</sup> Según el TEDH: “[L]a requérante **n’était plus soumise à l’influence d’un réseau de traite d’êtres humains depuis 2009** (...). La Cour relève également que la requérante **n’a pas tenté d’alerter les autorités sur sa situation lorsqu’elle était sous l’emprise du réseau de prostitution**. **Dès lors, il ne peut être reproché aux autorités de ne pas avoir mis en oeuvre des mesures efficaces et adéquates pour protéger** la requérante alors **qu’elle n’était plus ou ne risquait pas de manière réelle et immédiate d’être victime de traite ou d’exploitation**” (Resaltado añadido) (*Décision J.A. c. France*, 27/05/2014, párr. 37).

*Austria*, debe ponerse en tela de juicio con respecto a la obligación positiva de procedimiento de investigar los posibles casos de trata.

*Asunto de L.E. c. Grecia*

Del desarrollo de los hechos en el *Asunto de L.E. c. Grecia*, resuelto en enero del año 2016, se puede extraer nueva información sobre los elementos de esta obligación. En concreto, este caso muestra la importancia de los plazos en los que a las autoridades corresponde actuar para que sus actos den cumplimiento a la obligación de adoptar medidas operativas para proteger a la víctima.

Siguiendo los hechos, la demandante, de origen nigeriano, era una víctima de trata de personas con fines de explotación sexual, reconocida como tal por el Estado griego. Tras ser captada en Nigeria bajo la oferta de trabajar en bares y discotecas del país heleno quedaría vinculada a sus tratantes a través de un rito de vudú por el que se comprometía a reembolsar 40.000€ so pena de no poderse librar de la mala suerte que recaería sobre ella si no saldaba su deuda. La intención subyacente se haría patente al llegar a Grecia, donde sería explotada en la prostitución.

Como se vio al exponer el funcionamiento de esta obligación, para que la misma sea atribuible a las autoridades, éstas debían poder conocer que el individuo específico era una víctima, actual o potencial, de la trata de personas. Es en cumplimiento de este requisito que, en este caso, el momento en el que se hace exigible la obligación sería tan evidente puesto que la demandante habría declarado expresamente ante las autoridades griegas que era víctima de trata, circunstancia que, como mostrarían los hechos, no podría haberse descubierto con anterioridad. La cuestión a plantear es si, sabido esto, las autoridades policiales y las autoridades judiciales adoptaron las medidas necesarias dentro de sus facultades para ofrecer protección a la demandante.

Para valorar la adecuación de la actuación de las autoridades, el TEDH tendrá en cuenta la agilidad de su actuación y el contenido de la misma. Sobre ella, apreciará favorablemente que no se produjera demora y que acto seguido a la denuncia de la víctima ésta hubiera sido inmediatamente confiada al servicio especializado de la policía sobre la represión de la trata para comprobar la veracidad de sus alegaciones. Asimismo, se tasa con la misma valoración al hecho de que se detuviera su procedimiento de expulsión del país y que se le atribuyera un permiso de residencia. Sin



embargo, no recibiría el mismo veredicto el hecho de que el fiscal competente tardara nueve meses en reconocer formalmente el estatus de víctima de trata de la demandante debido a que un testimonio crucial que corroboraba su historia, esto es, el testimonio de la directora de una ONG especializada que había seguido su situación, no había sido incluido en su dossier por la policía, ocasionando consecuencias negativas para la víctima como el retraso de su puesta en libertad. Justamente será este extenso retraso el que llevará al Tribunal a concluir que la obligación positiva de adoptar medidas operativas destinadas a proteger a la víctima de la trata había sido incumplida y que, en consecuencia, se habría producido una violación del Artículo 4 del CEDH.<sup>645</sup>

### *Asunto de Chowdury y otros c. Grecia*

En este punto del discurso, lo que es relevante sobre el *Asunto de Chowdury y otros c. Grecia*, de marzo del año 2017, es que en él se percibe un cambio de rumbo en la línea que el Tribunal Europeo venía manteniendo con respecto al contenido y al grado de exigibilidad de las obligaciones positivas de adoptar medidas operacionales para proteger a las víctimas de la trata de personas. Lo que se quiere transmitir aquí es que el Tribunal habrá suavizado su anterior postura restrictiva. Así, si antes se pronunciaba en términos llamativamente limitantes ahora, por primera vez, parecería mirar hacia una delineación más inclusiva de esta obligación. Efectivamente, en este caso el TEDH utilizará por primera vez al Convenio de Varsovia como referente de las medidas de protección que los Estados debieron adoptar, lo cual supondría un incremento tanto en el grado de su exigibilidad como en la extensión de su contenido. Esto implicaría, como

---

<sup>645</sup> Según el TEDH : “[L]e 29 novembre 2006 (...) **la requérante a explicitement affirmé aux autorités qu’elle était victime de la traite des êtres humains.**” “En ce qui concerne la période antérieure au 29 novembre 2006, la requérante n’affirme pas avoir appelé l’attention des autorités (...)” “(...) **Suite à sa dénonciation, les services policiers ont réagi immédiatement en confiant la requérante au service spécialisé de la police sur la répression de la traite afin d’enquêter sur la véracité de ses allégations. De plus, (...) la procédure d’expulsion qui était pendante contre la requérante n’a pas été achevée et celle-ci s’est vu attribuer un permis de résidence sur le territoire grec. (...)**” “(...) [L]e procureur compétent ne lui a reconnu ce statut que le 21 août 2007, à savoir **neuf mois environ plus tard.** Or, les autorités nationales ne pouvaient ignorer depuis la fin de l’année 2006 que la requérante était soumise à la traite ou à l’exploitation. (...) **E.S., directrice de l’organisation non gouvernementale « Nea Zoi », avait en effet confirmé (...) que (...) la requérante était exploitée par quelqu’un à des fins sexuelles et que l’aide de la part de l’État était à cet égard nécessaire.** (...) [C]ette déposition n’a pas été incluse dans le dossier en temps utile. Par conséquent, la période de neuf mois (...) a pu avoir des **conséquences négatives** (...). En effet, **sa mise en liberté a pu être retardée** (...)” “Il s’ensuit que **le retard mis par les autorités internes pour reconnaître la requérante en tant que victime de traite a marqué un défaut substantiel quant aux mesures opérationnelles que les autorités pouvaient prendre pour la protéger.**” (Resaltado añadido) (*Affaire L.E. c. Grèce*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Requête no 71545/12, 21 janvier 2016, párr. 73, 75-78, 86).

se comentó, la adopción de un prisma más acorde con la garantía de los derechos humanos de los individuos.

Sin que ahora se necesite de una exposición exhaustiva de los hechos del caso basta decir que los demandantes eran cuarenta y dos bangladesíes reclutados a lo largo de Grecia para trabajar en la recolección de fresas en Manolada. Sus empleadores no les pagarían el salario prometido y les obligarían a trabajar en duras condiciones bajo la vigilancia de guardias armados. El Tribunal, tras su análisis, entendería que los hechos constituirían trata de seres humanos y trabajo forzoso. Será sobre estos acontecimientos que podrá apreciarse el giro de la postura del TEDH con respecto al contenido que debe considerarse exigible a los Estados bajo esta obligación positiva. Específicamente, recordará al Estado heleno que el Convenio de Varsovia preconiza toda una serie de medidas de prevención de la trata de personas y de protección de los derechos de sus víctimas. De entre los mandatos allí incluidos sobre prevención, el Tribunal destacará a las medidas tendentes a reforzar la coordinación a nivel nacional entre las diferentes instancias encargadas de luchar contra la trata, a las medidas dirigidas a desincentivar aquella demanda que favorezca todas las formas de explotación de las personas y, finalmente, incluirá a los controles fronterizos para detectar casos de trata. De entre las medidas de protección, el Tribunal hará referencia a aquellas tendentes a facilitar la identificación de las víctimas por personas cualificadas y a la asistencia de las personas tratadas en su recuperación física, psicológica y social.

Considerando todos estos mandatos que debieron ser acatados por el Estado y constatando su inactividad al respecto, el TEDH concluirá con que, puesto que la situación reinante en los campos de fresas de Manolada era amplia y demostrablemente conocida, las medidas adoptadas por Grecia habían sido insuficientes para cumplir con la obligación positiva de prevenir la trata y proteger a sus víctimas resultando, como consecuencia, una violación del Artículo 4 del CEDH.<sup>646</sup>

---

<sup>646</sup> Siguiendo al TEDH : “La Cour rappelle que la **Convention du Conseil de l’Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains préconise à l’attention des Etats membres toute une série des mesures de prévention de la traite et de protection des droits des victimes**. Parmi les mesures de prévention, figurent des mesures tendant à **renforcer la coordination au plan national entre les différentes instances** chargées de la lutte contre la traite et à **décourager la demande** qui favorise toutes les formes d’exploitation des personnes, y compris **des contrôles aux frontières** pour détecter la traite. Parmi les mesures de protection, figurent celles tendant à **faciliter l’identification** des victimes par des personnes qualifiées et à **assister les victimes dans leur rétablissement physique, psychologique et social**.” “(...) [L]a situation régnant dans les champs de fraises de Manolada était connue des **autorités**, dont l’attention avait été attirée par des rapports et des articles de presse (...). Ainsi, non

#### 2.3.4.2.3. La obligación de procedimiento de investigar los posibles casos de trata

Tras el *Asunto de Rantsev*, bajo el Artículo 4 del CEDH, los Estados soportarán la obligación positiva de procedimiento de investigar situaciones potenciales de trata de personas. La ejecución de esta obligación está, por supuesto, sujeta a requisitos. Concretamente, es condición necesaria para su correcto cumplimiento que la investigación sea iniciada por propia iniciativa de las autoridades. Esto supone que su incoación no debe depender de la denuncia de la víctima o de un allegado, lo cual no quiere decir que estos sean discriminados del procedimiento ya que, muy por el contrario, debe involucrarse en la medida en que sea necesario para salvaguardar sus intereses legítimos. Asimismo, la investigación en curso sólo se considerará efectiva si se desarrolla de manera independiente a los individuos implicados en los hechos del caso. Igualmente, debe ser capaz de llevar a la identificación y castigo de los tratantes, aunque esto debe entenderse como una obligación de medios y no de resultado. Por último, como regla general, prima la celeridad de manera que en todo caso deberá darse curso a la investigación con rapidez, tornándose ésta en urgencia en aquellos supuestos en los que exista la posibilidad de sacar al individuo de una situación que le sea perjudicial.<sup>647</sup>

Junto a esta obligación de investigar la trata en el ámbito doméstico, el Tribunal añadirá que, en los casos en los que haya un cruce de fronteras, los Estados tendrán el deber de cooperar de manera efectiva, con las autoridades de los demás Estados concernidos, en la investigación de los hechos ocurridos fuera de sus territorios. Esta idea no es nueva ya que, si se recuerda, la cooperación entre los Estados involucrados

---

seulement des débats ont eu lieu au Parlement à ce sujet, mais trois ministres (...) ont ordonné des inspections et la préparation de textes visant à l'amélioration de la situation des migrants. Pour autant, (...) cette mobilisation n'a abouti à aucun résultat concret." "(...) [L]a Cour considère que les mesures opérationnelles prises par les autorités n'étaient pas suffisantes pour prévenir la traite des êtres humains et protéger les requérants du traitement dont ils ont fait l'objet" (Resaltado añadido) (*Affaire Chowdury et autres c. Grèce*, 30/03/2017, Recueil des arrêts et décisions 2017, párr. 110- 115 y 128).

<sup>647</sup> Según el TEDH: "Like Articles 2 and 3, Article 4 also entails a **procedural obligation to investigate situations of potential trafficking**. The requirement to investigate **does not depend on a complaint from the victim or next-of-kin: once the matter has come to the attention of the authorities they must act of their own motion** (see, *mutatis mutandis*, *Paul and Audrey Edwards v. the United Kingdom*, (...) § 69, ECHR 2002-II). For an investigation **to be effective**, it **must be independent from those implicated** in the events. It **must also be capable of leading to the identification and punishment of individuals responsible**, an obligation not of result but of means. A requirement of **promptness and reasonable expedition** is implicit in all cases **but where the possibility of removing the individual from the harmful situation is available**, the investigation must be undertaken as a matter of urgency. The victim or the next-of-kin must be involved in the procedure to the extent necessary to **safeguard their legitimate interests** (see, *mutatis mutandis*, *Paul and Audrey Edwards*, cited above, §§ 70 to 73)" (Resaltado añadido) (*Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, párr. 288).

en los casos de trata transfronteriza es la base de la conclusión del Protocolo de Palermo. El Tribunal Europeo ha dicho a este respecto que la introducción de esta obligación en el ámbito del Convenio Europeo tomaría base sobre el mandato del Convenio de Varsovia por el cual los Estados deberán establecer su jurisdicción sobre cualquier ofensa que estuviera relacionada a la trata y que hubiera sido cometida en su territorio – Artículo 31 –, y sobre el tenor del Protocolo de Palermo que, aunque no se pronuncia sobre asuntos de jurisdicción, en su preámbulo llama a adoptar una aproximación internacional comprehensiva que abarque tanto a los países de origen, a los de tránsito como a los de destino.<sup>648</sup> Es interesante destacar que, de entre las distintas situaciones previstas en el Convenio de Varsovia sobre las cuales sus Estados Parte tendrán que establecer su jurisdicción sobre las ofensas relacionadas a la trata de personas – de manera imperativa en unas y facultativa en otras –, el TEDH sólo reconoce, con ocasión de la delimitación de la obligación de investigar, al deber del Estado de establecer su jurisdicción cuando la conducta de la trata haya ocurrido en su territorio.<sup>649</sup>

---

<sup>648</sup> En palabras del TEDH: “Finally, the Court reiterates that trafficking is a problem which is often not confined to the domestic arena. When a person is trafficked from one State to another, trafficking offences may occur in the State of origin, any State of transit and the State of destination. Relevant evidence and witnesses may be located in all States. Although the Palermo Protocol is silent on the question of jurisdiction, the **Anti-Trafficking Convention explicitly requires each member State to establish jurisdiction over any trafficking offence committed in its territory (...)**. Such an approach is, in the Court’s view, **only logical in light of the general obligation, outlined above, incumbent on all States under Article 4 of the Convention to investigate alleged trafficking offences**. In addition to the obligation to conduct a domestic investigation into events occurring on their own territories, member States are also subject to a **duty in cross-border trafficking cases to cooperate effectively with the relevant authorities of other States concerned in the investigation of events which occurred outside their territories**. Such a duty is in keeping with the objectives of the member States, as expressed in the **preamble to the Palermo Protocol, to adopt a comprehensive international approach to trafficking in the countries of origin, transit and destination (...)**. It is also consistent with international agreements on mutual legal assistance in which the respondent States participate in the present case (...)” (Resaltado añadido) (*Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, párr. 289).

<sup>649</sup> El Artículo 31 del Convenio de Varsovia establece de manera más amplia cinco supuestos en los que el Estado deberá establecer su jurisdicción sobre la trata de personas. De entre ellas, sólo caben reservas a su aplicación sobre las dos últimas:

“Article 31 – Jurisdiction 1

1. **Each Party shall** adopt such legislative and other measures as may be necessary **to establish jurisdiction** over any offence established in accordance with this Convention, **when the offence is committed:**

- a) **in its territory**; or
- b) on board a ship flying the flag of that Party; or
- c) on board an aircraft registered under the laws of that Party; or
- d) by one of its nationals or by a stateless person who has his or her habitual residence in its territory, if the offence is punishable under criminal law where it was committed or if the offence is committed outside the territorial jurisdiction of any State;
- e) against one of its nationals.

*Asunto de Rantsev c. Chipre y Rusia*

Con ocasión del análisis de los hechos en el *Asunto de Rantsev*, el Tribunal decidirá que la cuestión de la posible existencia y violación por parte de Chipre de una obligación positiva procedimental de llevar a cabo una investigación efectiva para establecer si se había dado un caso de trata, ya se habría analizado con ocasión del examen, previamente realizado, del Artículo 2 del CEDH sobre el derecho a la vida. En este último, se habría concluido con que aquel mandato habría sido violado por este Estado y, por ello, no se necesitaría examinar la cuestión de manera separada bajo el Artículo 4 del CEDH. Ciertamente, el Tribunal no se adentraría en una nueva indagación. Sin embargo, debido a que pondría en relación a ambas temáticas durante la valoración del grado de cumplimiento de la obligación, conviene traer aquí los hechos que tuvo en cuenta para concluir con que su observancia por parte de las autoridades chipriotas había sido insuficiente.

La puesta en relación de ambas materias durante el examen se ve con nitidez. Así, el Tribunal, en su valoración sobre el grado de cumplimiento de la obligación, determinaría que, dadas las ambigüedades, la falta de explicación de las circunstancias de la muerte de la Srta. Rantseva y las alegaciones de trata que acompañaban al caso, la investigación debía haber tenido en cuenta el contexto general. Para el Tribunal, una larga lista de hechos permitiría concluir con que se había incumplido la obligación procedimental de llevar a cabo una investigación efectiva bajo el Artículo 2 del CEDH. Específicamente, en aquel caso serían circunstancias determinantes para acordar la insuficiencia de la investigación, el hecho de que no se investigaran las contradicciones en los testimonios de quienes estaban inicialmente presentes en el apartamento al que se había llevado a la víctima; o que se dieran insalvables inconsistencias entre las autopsias; o que no se investigara el hecho de que a la caída por el balcón de la víctima no acompañara ningún ruido; o que no se interrogara a quienes habían trabajado o vivido con ella; o que aunque se hubiera determinado que la Srta. Rantseva intentaba escapar del apartamento no se investigara el por qué; o que no se hubieran hecho averiguaciones sobre la actuación de la policía, la cual no habría tomado testimonio a la

---

2. “**Each Party may**, at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, by a declaration addressed to the Secretary General of the Council of Europe, **declare that it reserves the right not to apply or to apply only in specific cases or conditions the jurisdiction rules** laid down in **paragraphs 1 (d) and (e)** of this article or any part thereof (...)” (Resaltado añadido).

víctima y la habría dado en custodia al dueño del cabaret; o que las autoridades chipriotas no adoptaran los pasos necesarios y disponibles para colaborar con las autoridades rusas, requiriéndoles asistencia legal con vistas a aprovisionarse de las pruebas necesarias para que la investigación fuera efectiva, particularmente, demandando ayuda para obtener el testimonio de dos antiguas compañeras de trabajo del cabaret de la Srta. Rantseva.<sup>650</sup>

Por otro lado, al examinar si a Rusia correspondía una obligación de procedimiento de investigar sobre la trata, el Tribunal recordará que éste es un fenómeno susceptible de trascender las fronteras de un único país. Cuando esto ocurre, los elementos de la trata pueden darse en los diferentes países que ésta transita. Si en estos casos el país de origen falla en investigar la fase de reclutamiento de las futuras víctimas, una parte de la cadena de la trata actuará con impunidad. Es por ello que, en materia de trata de

---

<sup>650</sup> Siguiendo al TEDH: “[W]hether there has been a **procedural breach** as a result of the continuing failure of the Cypriot authorities **to conduct any effective investigation into** the applicant’s allegations that his daughter **was trafficked**” “(...) **is subsumed by the general obligation arising under Article 2 in the present case to conduct an effective investigation into Ms Rantseva’s death** (...) There is therefore **no need to examine separately** the procedural complaint against Cyprus under Article 4.” “**In light of the ambiguous and unexplained circumstances surrounding Ms Rantseva’s death and the allegations of trafficking**, (...) the Court considers that **a procedural obligation did arise** in respect of the Cypriot authorities **to investigate** (...). By necessity, **the investigation was required to consider not only the immediate context of Ms Rantseva’s fall from the balcony but also the broader context of Ms Rantseva’s arrival and stay in Cyprus, in order to assess whether there was a link between the allegations of trafficking and Ms Rantseva’s subsequent death.**” “As to the adequacy of the investigation, (...) there are a number of elements of the investigation which were unsatisfactory.” “(...) [T]here was **conflicting testimony** from those present in the apartment which the Cypriot investigating authorities appear to have taken no steps to resolve (...). There are other apparent anomalies, such as the alleged **inconsistencies between the forensic reports** of the Cypriot and Russian authorities and the fact that **Ms Rantseva made no noise as she fell from the balcony** (...)” “[T]he verdict at the inquest recorded that Ms Rantseva had died in “strange circumstances” in an attempt to escape from the apartment in which she was a “guest” (...). **Despite the lack of clarity** (...), **no effort was made** by the Cypriot police **to question those who lived with Ms Rantseva or worked with her in the cabaret.** Further, **notwithstanding the striking conclusion of the inquest that Ms Rantseva was trying to escape** from the apartment, **no attempt was made to establish why** she was trying to escape or to clarify whether she had been detained in the apartment against her will.” “(...) [T]here was apparently **no investigation into what had occurred at the police station, and in particular why the police had handed Ms Rantseva into the custody of M.A.** (...). Further, **the statements of the police officers do not refer to any statement being taken from Ms Rantseva** (...). [I]n light of the facts of the present case, the Court considers that **the authorities were under an obligation to investigate whether there was any indication of corruption within the police force** in respect of the events leading to Ms Rantseva’s death.” “Finally, for an investigation (...) to be effective, **member States must take such steps as are necessary and available in order to secure relevant evidence, whether or not it is located in the territory of the investigating State.** (...) [T]here is **no evidence** that the Cypriot authorities **sought any legal assistance from Russia** in the context of their investigation. In the circumstances, the Court finds the Cypriot authorities’ refusal to make a legal assistance request to obtain the testimony of the two Russian women who worked with Ms Rantseva at the cabaret particularly unfortunate given the value of such testimony (...).” “**The Court accordingly finds that there has been a procedural violation of Article 2** of the Convention as regards the failure of the Cypriot authorities to conduct an effective investigation into Ms Rantseva’s death” (Resaltado añadido) (*Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, párr. 299, 300, 234-238, 241, 242).

personas, una investigación efectiva y completa va a requerir que se cubran todos sus elementos desde la captación hasta la explotación. Con esto en mente el Tribunal reconocería que a Rusia le correspondía una obligación de investigar y que las autoridades del país no habrían dado ningún paso a este respecto. En concreto, no se habrían investigado a aquellas personas involucradas en la captación de la Srta. Rantseva, ni los métodos a los que se habría recurrido para reclutarla. Esta inactividad habría supuesto el incumplimiento por parte de Rusia de la obligación positiva de procedimiento de investigar sobre la trata y, consecuentemente, una violación del Artículo 4 del CEDH.<sup>651</sup>

#### *Asunto de M. y otros c. Italia y Bulgaria*

En el *Asunto de M. y otros c. Italia y Bulgaria*, del año 2012, los hechos contarían que los demandantes, de origen romaní y nacionalidad búlgara, habrían ido a Italia en busca de trabajo. Allí, su hija sería retenida por individuos que la obligarían a robar y abusarían sexualmente de ella. Aunque los acontecimientos, tal y como fueron narrados por los demandantes, pondrían de relieve una aparente situación de trata de seres humanos, el Tribunal Europeo no consideraba que las pruebas suministradas proporcionaran base suficiente para establecer la veracidad de las alegaciones. En particular, carecería de medios para sustentar que se transfiriese a la hija a Italia con la finalidad de explotarla. Hay que decir que esto es un ejemplo en la práctica de la comentada dificultad de probar la intencionalidad subyacente a este proceso dirigido a explotar a las personas. Efectivamente, como se puso de relieve en el apartado sobre el agravante de tráfico de migrantes, la dificultad de probar el elemento mental de la trata haría que, en determinados casos y cuando se dieran los requisitos, sea más fácil procesar un caso bajo aquella otra figura. En todo caso, por aquella falta de medios que

---

<sup>651</sup> En el tenor original del TEDH: “The Court recalls that, in **cases involving cross-border trafficking, trafficking offences may take place in the country of origin as well as in the country of destination (...). The failure to investigate the recruitment aspect of alleged trafficking would allow an important part of the trafficking chain to act with impunity. (...) The need for a full and effective investigation covering all aspects of trafficking allegations from recruitment to exploitation is indisputable.** The Russian authorities therefore **had an obligation to investigate** the possibility that individual agents or networks operating in Russia were involved in trafficking Ms Rantseva to Cyprus.” “However, the Court observes that the **Russian authorities undertook no investigation** into how and where Ms Rantseva was recruited. In particular, the authorities took no steps **to identify those involved in Ms Rantseva’s recruitment or the methods of recruitment** used. (...)” “There has accordingly been a **violation by the Russian authorities of their procedural obligation under Article 4 to investigate alleged trafficking**” (Resaltado añadido) (*Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, párr. 307-309).

sustentaran las alegaciones, el Tribunal no aceptaría como probada que la trata de personas hubiera efectivamente ocurrido.<sup>652</sup>

A pesar de que en este pronunciamiento no se reconocerían las alegaciones de trata, el interés de sacarlo a colación reside en que el Tribunal reconoce en él – a contrario – que, si se hubiera probado la existencia de un caso de trata de personas, en cuanto habría habido un cruce de fronteras, Bulgaria, como país de origen, para dar satisfacción a la obligación de procedimiento de investigar los posibles casos de trata, tendría que haber investigado la primera fase de la trata y, asimismo, le correspondería cooperar con Italia como país de destino.<sup>653</sup>

#### *Asunto de L.E. c. Grecia*

En el *Asunto de L.E. c. Grecia*, en enero del año 2016, el Tribunal Europeo también se ocuparía de poner en claro si la obligación de procedimiento de investigar los posibles casos de trata había sido incumplida. Para ello, se dirigiría a esclarecer si la investigación policial y el proceso judicial sobre la trata habían sido eficaces. A este respecto es interesante observar cuáles son las actuaciones concretas que el Tribunal toma en cuenta en uno y otro caso para determinar si los pasos dados durante ambos procesos podrían considerarse revestidos de tal eficacia.

En este asunto, como se recordará, la demandante era una víctima de trata de personas con fines de explotación sexual, de origen nigeriano, y reconocida como tal por el Estado griego. Tras ser captada en Nigeria y habérsela vinculado a sus tratantes a través de un rito de vudú, sería explotada posteriormente en Grecia. En su demanda, la víctima impugnaba el procedimiento judicial nacional por cuanto allí se había absuelto a uno de los dos individuos que, según su testimonio, la habrían sometido a explotación. Aquella absolución se basaba en que se le había considerado, a su vez, como víctima de

---

<sup>652</sup> Según el TEDH: “[T]he circumstances as alleged by the applicants could have amounted to human trafficking. However, it considers that from the evidence submitted there is not sufficient ground to establish the veracity of the applicants’ version of events, namely that the first applicant was transferred to Italy in order to serve as a pawn in some kind of racket devoted to illegal activities. (...) [A]ctual human trafficking has not been proved and therefore cannot be accepted by the Court” (Resaltado añadido) (*Case of M. and others v. Italy and Bulgaria*, párr. 154).

<sup>653</sup> Siguiendo al TEDH: “The Court has already established, above, that in respect of both the version of the events, the circumstances of the case did not give rise to human trafficking, a situation which would have engaged the responsibility of the Bulgarian State, had any trafficking commenced there. (...) [T]he Court considers that the Bulgarian authorities assisted the applicants and maintained constant contact and co-operation with the Italian authorities” (Resaltado añadido) (*Case of M. and others v. Italy and Bulgaria*, párr. 169).



trata. Ante esta primera alegación, el Tribunal Europeo recordaría que la obligación positiva de identificar y castigar a los responsables de la trata que recae sobre el Estado, es una obligación de medios y no de resultado. Por ello, en tanto se podía demostrar que en el ámbito doméstico se había absuelto al individuo acusado en virtud de múltiples testimonios de personas implicadas y a través de una sentencia cumplidamente motivada, no se podría reprochar al tribunal ateniense el haber otorgado una absolución arbitraria o insuficientemente motivada. En consecuencia, por lo menos en este aspecto, no se podría defender que la obligación de procedimiento no hubiera sido respetada.

Tras esta aclaración, el TEDH pondría de relieve ciertos aspectos menos satisfactorios con respecto al procedimiento administrativo y al judicial que dificultarían mantener que la obligación procedimental de llevar a cabo una investigación de los hechos del caso pudiese ser calificada de eficaz. En concreto, el Tribunal señalaría que la denuncia inicial en la que la demandante alertaba sobre su situación como persona tratada había sido rechazada por el fiscal. En ella no se habría incluido, por un descuido policial, el testimonio clave de la directora de una ONG que le habría hecho seguimiento y que la identificaba como una víctima de trata con fines de explotación sexual. Además, el TEDH llamará la atención sobre la inactividad del fiscal durante un largo periodo de tiempo y sobre el hecho de que fuese la propia víctima quien debió impulsar el procedimiento, produciéndose un retraso en los plazos para iniciar el procedimiento penal que sería crucial en el avance de las actuaciones.

Junto a estos elementos relevantes para valorar la eficacia de la actuación judicial en materia de trata, el Tribunal señalará otras cuestiones insatisfactorias con respecto al actuar de la policía. En particular, ésta no habría agotado todas las vías de investigación a su alcance al dejar sin comprobar dos direcciones vinculadas con los tratantes o al no haber entrevistado al personal del hotel delante del cual la demandante se prostituía regularmente. A estas manifestaciones de ineficiencia se añadiría que, en lo concerniente al presunto autor principal de los hechos, al tratante, no se habría detectado en la actuación del gobierno griego ninguna iniciativa encaminada a identificarlo y a llevarlo ante la justicia que fuera más allá de su inscripción en la base de datos de criminales buscados de la policía. En particular, el hecho de que las autoridades griegas no hubieran establecido ni contacto ni cooperación con las autoridades nigerianas con la finalidad de localizar y detener al tratante, sería un dato que inclinaría la balanza hacia defender la inadecuación de las investigaciones sobre la autoría del delito. Con todos

estos datos, el cúmulo de insuficiencias llevaría al Tribunal a concluir con que el Artículo 4 del CEDH habría sido violado.<sup>654</sup>

### *Asunto de J. y otros c. Austria*

En el *Asunto de J. y otros c. Austria*, del año 2017, se daba respuesta a las reivindicaciones de las tres demandantes, de nacionalidad filipina, quienes alegaban haber sido víctimas de trata de personas y de trabajo forzoso y que, sobre ello, las autoridades austriacas no habían llevado a cabo investigaciones efectivas y exhaustivas tal y como les correspondería en consonancia con la obligación positiva de procedimiento de investigar los posibles casos de trata asumida en virtud del Artículo 4 del CEDH.

---

<sup>654</sup> En palabras del TEDH : “La cour d’assises (...) admit que **D.J. était aussi une victime de la traite des êtres humains et que K.A. l’exploitait également à des fins sexuelles.**” “Quant à l’acquiescement de D.J., la Cour rappelle que **l’identification et la punition des responsables de la traite n’est pas une obligation de résultat mais de moyens (...).** En l’occurrence, par **un arrêt long de quarante-deux pages et après avoir pris en compte plusieurs témoignages de personnes impliquées** dans l’affaire, la cour d’assises a conclu qu’il n’avait pas été établi que l’accusée forçait la requérante à la prostitution. (...) Par conséquent, **il ne saurait être reproché à la cour d’assises d’Athènes d’avoir acquitté D.J. à travers un arrêt arbitraire ou insuffisamment motivé,** de telle manière que l’obligation procédurale ressortant de l’article 4 ne soit pas respectée.” “Toutefois, **un certain nombre d’aspects de la procédure administrative et judiciaire, (...) ne sont pas satisfaisants.** Tout d’abord, **la plainte de la requérante a dans un premier temps, à savoir le 28 décembre 2006, été rejetée par le procureur compétent.** Or, le procureur n’avait pas à sa disposition le témoignage de E.S., directrice de l’organisation non gouvernementale « Nea Zoi » qui confirmait, après avoir eu plusieurs contacts avec la requérante, **qu’elle était de fait victime de traite aux fins d’exploitation sexuelle.** Il est rappelé que ce témoignage n’avait, selon le Gouvernement, **pas été versé au dossier en raison de l’inadvertance des autorités policières (...)** cette omission a pu vraisemblablement avoir un effet négatif sur l’appréciation initiale de la plainte par le procureur près le tribunal correctionnel (...). Outre l’omission de verser ce témoignage au dossier de l’affaire, **les autorités judiciaires compétentes n’ont pas repris de leur propre chef l’examen de la plainte de la requérante, suite à son inclusion. C’est la requérante qui a relancé la procédure** par la saisine, le 26 janvier 2007, du parquet du tribunal correctionnel. Enfin, le procureur près la cour d’appel d’Athènes n’a ordonné l’engagement des poursuites pénales que le 1er juin 2007. (...) [P]as d’explications sur cette **période d’inactivité de plus de cinq mois.** La Cour considère que **ces actes ou omissions des autorités compétentes ont eu comme conséquence l’allongement du délai entre la dénonciation par la requérante de la situation litigieuse et l’engagement des poursuites pénales contre K.A. et D.J. (...)**” “(...) [L]a police, (...), dans le but de repérer K.A. (...) **n’a pas étendu ses recherches aux deux autres adresses mentionnées explicitement par la requérante (...).** Il n’apparaît pas **non plus** qu’elle ait tenté (...) **une enquête auprès du personnel de l’hôtel au centre d’Athènes devant lequel la requérante se prostituait régulièrement. (...)**” “Enfin, en ce qui concerne notamment K.A., l’auteur principal présumé des actes de traite (...), **il ne ressort pas du dossier que les autorités internes ont pris, à part son inscription dans le fichier des recherches criminelles de la police, d’autres initiatives concrètes pour le repérer et l’amener devant la justice. (...)** [L]e Gouvernement **n’offre pas d’informations concrètes sur l’état de l’investigation policière** sur le sort de K.A. Ainsi, à titre d’exemple, **il ne ressort pas du dossier que les autorités grecques ont établi une coopération et un contact avec les autorités nigérianes dans le but de repérer et arrêter K.A.**” “[À] l’égard des obligations procédurales pesant sur l’État grec en vertu de l’article 4 de la Convention. La Cour conclut donc à la violation de cette disposition.” (Resaltado añadido) (*Affaire L.E. c. Grèce*, párr. 27, 80, 82, 83, 85, 86).

Siguiendo los hechos allí expuestos, aquel era un caso de trata de personas con cruce de fronteras en el que estarían involucrados varios países. Filipinas sería el país de origen donde se habría reclutado a las víctimas con promesas de empleo en el extranjero y desde donde se las habría transportado a los Emiratos Árabes Unidos, como país de destino, donde las demandantes habrían sido explotadas. En Austria, con ocasión de un corto viaje vacacional en el que las demandantes viajarían con sus empleadores, conseguirían escapar tras tres días en el país. Atendiendo a estos hechos, el Tribunal debía discernir si Austria estaba bajo la obligación de procedimiento de investigar el crimen de trata de personas que consideraba cometido en el extranjero y si la investigación que se había llevado a cabo sobre los eventos que tuvieron lugar en suelo austriaco había sido suficiente.

Más arriba, en el inicio de esta sección, cuando se explicaba el contenido general de la obligación positiva de procedimiento según había sido introducida con ocasión del *Asunto de Rantsev*, se comentaba que el Tribunal sólo había reconocido que al Estado le correspondía un deber de establecer su jurisdicción cuando la conducta de la trata hubiera ocurrido en su territorio. Con esta especificación parecía no incluirse otros supuestos distintos, contenidos en el Convenio de Varsovia, susceptibles de vincular a la jurisdicción de los Estados Parte sobre las actividades relacionadas a la trata de personas. Sin embargo, en el *Asunto de J. y otros c. Austria*, el TEDH, siguiendo una línea más acorde con aquel tratado, ampliará el abanico de situaciones en las que el Estado tendrá atribuida jurisdicción sobre los actos de la trata, de manera que aquella se entenderá ejercida sobre cualquier transgresión de la trata cometida en su territorio o por o contra uno de sus nacionales.<sup>655</sup> Tras este reconocimiento más extensivo de la jurisdicción de los Estados, el Tribunal enfatizaría que esto no supone que el mandato de investigar imponga a los Estados la obligación de proveer jurisdicción universal sobre la trata de personas. Por ello, Austria no estaría constreñida ni a investigar el reclutamiento en Filipinas ni la explotación en los Emiratos Árabes.<sup>656</sup> Tras esto, el

---

<sup>655</sup> Siguiendo al TEDH: “The Palermo Protocol is silent on the matter of jurisdiction, and the Anti-Trafficking Convention only requires States Parties to provide for jurisdiction over any trafficking offence **committed on their own territory, or by or against one of their nationals**” (Resaltado añadido) (*Case of J. and others v. Austria, Application no. 58216/12*, Reports of Judgments and Decisions 2017 (extracts), 17 January 2017, párr. 114).

<sup>656</sup> Según el TEDH: “Concerning the alleged events in the United Arab Emirates, the Court considers that **Article 4 of the Convention, under its procedural limb, does not require States to provide for universal jurisdiction over trafficking offences committed abroad.** (...) The Court therefore cannot but conclude that, in the present case, under the Convention, **there was no obligation incumbent on**

Tribunal se enfocaría en el breve periodo de tiempo en el que las víctimas habían estado sometidas a la situación en territorio austriaco. Sobre esto diría que la conclusión a la que habían llegado las autoridades austriacas por la cual los hechos acaecidos en el país no ascendían a ningún acto de trata de personas no era irrazonable porque no se había informado de que allí se produjeran malos tratos. En añadidura, el Tribunal agregaría que, incluso si los hechos ocurridos en Austria no se vieran de manera aislada y se tuviera en cuenta los eventos en su conjunto, debido a que las autoridades austriacas fueron alertadas un año después de producirse los acontecimientos, el único paso que podía haber adoptado el Estado era solicitar asistencia legal a los Emiratos Árabes con vistas a intentar establecer el paradero de los empleadores. Y sobre esto – continuaría el TEDH – no se podía tener ninguna expectativa razonable puesto que no existía ningún acuerdo de asistencia legal mutua entre los dos países y, además, en la experiencia austriaca, en ocasiones anteriores se había solicitado tal asistencia y ésta había sido rechazada. Por todo ello, el Tribunal concluiría, sentenciando que no parecería que tales pasos, aunque posibles en teoría, hubieran tenido posibilidades razonables de éxito. Basándose en esto, el Tribunal mantendría que las investigaciones llevadas a cabo habían sido suficientes y que no se habría dado una violación del Artículo 4 del CEDH.<sup>657</sup>

Sobre este dictamen hay que decir algunas cosas.

---

**Austria to investigate the applicants' recruitment in the Philippines or their alleged exploitation in the United Arab Emirates"** (Resaltado añadido) (*Case of J. and others v. Austria*, párr. 114).

<sup>657</sup> En palabras del TEDH: **"Based on the descriptions given, the authorities concluded that the events (...) which had taken place over a maximum of three days in Vienna did not in themselves amount to any of the criminal actions exhaustively listed in Article 104a of the CC (...). No ill-treatment in Austria was reported by the applicants (...)"** "Next, the Court will examine the applicants' argument that **the events in the Philippines, the United Arab Emirates and Austria could not be viewed in isolation (...)**. However, **even if the alleged events were taken together, (...)** there is no indication that the authorities failed to comply with their duty of investigation. The Austrian authorities were only alerted approximately one year after the events in Vienna, when the applicants' employers had long left Austria and had presumably returned to Dubai. Therefore, **the only further steps the authorities could possibly have taken were: requesting legal assistance from the United Arab Emirates; attempting to question the applicants' employers by means of letters of request, hence giving them the opportunity to make a statement in their defence; and issuing an order to determine their whereabouts.** (...) [T]he Court considers that the authorities could not have had any reasonable expectation of even being able to confront the applicants' employers with the allegations made against them, as **no mutual legal assistance agreement exists between Austria and the United Arab Emirates.** In this regard, **the Government referred to their experience that even simple requests for legal assistance had been refused in the past without discernible reason (...). It does not appear that the steps described above, albeit possible in theory, would have had any reasonable prospects of success (...)** The foregoing considerations enable the Court to conclude that the investigation conducted by the Austrian authorities in the applicants' case was sufficient for the purposes of Article 4 of the Convention." (Resaltado añadido) (*Case of J. and others v. Austria*, párr. 116 y 117).

Primera. Sobre la comprensión de la trata:

En primer lugar, una apreciación de carácter general se impone. Transcurridos siete años desde la incorporación de la prohibición de la trata de personas en el Convenio Europeo, ésta aún no se percibe correctamente. Así, a pesar de que cuando se exponía su introducción con ocasión del *Asunto de Rantsev* se había dicho que el Tribunal afirmaba que la trata se entendía comprendida *por sí misma* en el Artículo 4 del CEDH y que esto parecía querer decir que en este ámbito se habría desarrollado una correcta comprensión de su estructura, con este nuevo asunto se demuestra que esto no es del todo así. En efecto, con este reciente pronunciamiento de principios del año 2017, el Tribunal Europeo habría considerado que Austria estaba en lo correcto y que en su territorio no se había dado un caso de trata de personas y que, por lo tanto, no le correspondía ninguna obligación al no tener jurisdicción sobre el crimen, y ello, porque durante los tres días en los que la situación tuvo lugar en el país no se demostraba que se hubieran producido malos tratos, esto es, lo que consideraba una explotación efectiva. Dando esto por válido, el Tribunal mostraría un incorrecto entendimiento de la estructura de la trata que, como ha sido ampliamente expuesto, no requiere que la explotación a la que intencionalmente ésta se dirige tenga lugar – ni, obviamente, que esté teniendo lugar –. De esta manera, se ve que cuando el TEDH declaraba en los tiempos de *Rantsev* que la trata de personas se introducía en el Convenio *por sí misma* esto no querría decir que sus rasgos definitorios se concibieran de manera correcta, sino otra cosa. De hecho, la jurisprudencia del Tribunal muestra que este entendimiento se ha quedado *a medio camino*. Esto es, por un lado, en ocasiones el TEDH habrá dictaminado que se habría dado una actividad de explotación pero que la conducta no ascendería a trata, demostrando así que comprende que puede haber explotación sin trata – tal sería el caso en el *Asunto de C.N. c. Reino Unido* y en el *Asunto de C.N. y V. c. Francia* (*vid ut supra* pie de pág. 586 y p. 262) –. Por otro lado, en el presente *Asunto de J. y otros c. Austria*, el Tribunal no demuestra que haya entendido que aquel es un camino de doble dirección y que, asimismo, incluso si considera que no se está dando una explotación efectiva puede estarse ante un caso de trata. No obstante, a pesar del desafortunado resultado que esta postura arroja, verla emerger en la jurisprudencia del Tribunal no sorprende puesto que todo está interrelacionado. Es decir, el TEDH, difícilmente podría mantener – o, por lo menos, no sin contradecir su propio razonamiento – que la trata se concibe *por sí misma*, a saber, incluso si no ha acontecido una explotación efectiva, cuando para su

incorporación en el Convenio Europeo fue equiparada con una forma de explotación – recuérdese su consideración como forma contemporánea de esclavitud –.

Segunda. Sobre la cooperación entre países:

En segundo lugar, es necesario añadir una apreciación más específica sobre el contenido que, en el *Asunto de J. y otros c. Austria*, parece atribuirse a la obligación positiva de procedimiento de investigar los posibles casos de trata. Concretamente ocurriría que en este dictamen, el TEDH estaría dando a aquel mandato una extensión que no sólo difiere de los criterios que venía defendiendo en pronunciamientos anteriores, sino que, además, supone una contradicción frontal con ellos. En efecto, después de todo lo que se ha visto, es fácilmente apreciable que en este nuevo caso el Tribunal desacredita su propio razonamiento cuando mantiene su conformidad con la inactividad austriaca en cuanto al impulso de la investigación en cooperación con los demás países implicados. Tomándose lo que ya se ha mostrado en las exposiciones jurisprudenciales previas, véase lo siguiente:

Uno. El reproche a Chipre en el *Asunto de Rantsev*. En concreto, allí se consideró que el hecho de que las autoridades chipriotas no adoptaran los pasos necesarios y disponibles para colaborar con las autoridades rusas con vistas a aprovisionarse de pruebas para la investigación, habría sido un elemento identificativo de una infracción de la obligación positiva de procedimiento. En concreto, habría influido en la efectividad de la investigación la inactividad de Chipre en demandar ayuda a Rusia para obtener los testimonios de dos antiguas compañeras de trabajo de la víctima.

Dos. La advertencia sobre el reproche de la conducta a Bulgaria si la trata de personas se hubiera dado, en el *Asunto de M. y otros c. Italia y Bulgaria*. En lo particular, el Tribunal sentenciaba que si se hubiera probado la existencia de un caso de trata de personas, en cuanto habría habido un cruce de fronteras, Bulgaria, como país de origen, para dar satisfacción a la obligación de procedimiento de investigar los posibles casos de trata, tendría que haber investigado la primera fase del caso de trata, correspondiéndole, asimismo, cooperar con Italia como país de destino.

Tres. El reproche a Grecia en el *Asunto de L.E. c. Grecia*. En la misma línea que venía recorriendo en su jurisprudencia, el TEDH habría resuelto que las investigaciones llevadas a cabo por las autoridades helenas eran insuficientes tomando, para ello, como

una de las circunstancias determinantes, el hecho de que aquellas no hubieran establecido ni contacto ni cooperación con las autoridades nigerianas con la finalidad de localizar y detener al tratante, nacional de aquel segundo país.

Esto es, en todos estos casos, la inactividad en contactar con los demás países concernidos para cooperar en la investigación habría llevado a considerar insuficiente la investigación. Sobre esto ocurre además que, justamente, en el propio *Asunto de J. y otros c. Austria*, el Juez Pinto de Albuquerque en su opinión concurrente, a la que se habría sumado el Juez Tsotsoria, habría puesto de relieve que no se agotaron las vías que las autoridades austriacas podrían haber utilizado. Así, aunque el Juez mantendría al final que, en su opinión, no había habido violación de la obligación debido a la demora excesiva de las demandantes en alertar a las autoridades, enfatizaría que no debía alegarse que las autoridades austriacas no podrían haber hecho más. En particular, resaltaría que cuando las autoridades del país de origen no desean o son incapaces de cooperar con las autoridades del país de destino o tránsito, aún existen otras vías legales abiertas para que estas últimas autoridades puedan promover la investigación, acusación, posible detención y enjuiciamiento de los presuntos tratantes. En particular, subrayaría que EUROPOL, FRONTEX e INTERPOL son herramientas disponibles para luchar contra la trata de personas y que ninguna de ellas fue utilizada aunque se conocía la identidad de los tratantes y que, en ese sentido, consideraba que Austria sí había fallado en su obligación de procedimiento de investigar y de, eventualmente, enjuiciar a los responsables.<sup>658</sup>

Tercera. Sobre el transcurso de un año:

---

<sup>658</sup> Según el TEDH: “**Where the authorities of the country of origin of the trafficking victims or the perpetrators do not wish or are unable to cooperate** with the authorities of the country of destination or transit, **there are still other legal avenues** open for the latter authorities to promote the investigation, prosecution, possible detention and bringing to justice of the alleged traffickers, such as the **EUROPOL, FRONTEX and INTERPOL tools which are available for combating human trafficking**, for example the Human Smuggling and Trafficking (HST) message and the INTERPOL’s Notices and Diffusions system, and possibly the blue or green notice. None of them was used by the domestic authorities, although the identity of the employers was available to them. The domestic and international warning notice systems could have been triggered.” “[T]he domestic authorities failed in the present case to investigate fully the denounced facts and, eventually, to bring those responsible to justice. However, the applicants also bear major responsibility for this failure in view of the tardiness of their contact with the domestic authorities. Little more could be done at that time and in the specific circumstances of the case than activating the domestic and international warning notice systems. That is why I was nonetheless able to vote for the finding of no violation.” (Resaltado añadido) (*Case of J. and others v. Austria*, Concurring Opinion of Judge Pinto de Albuquerque, joined by Judge Tsotsoria, párr. 57 61).

En tercer lugar, a todo lo dicho cabría añadir un último matiz relativo a la importancia determinante que se atribuyó al hecho de que hubiera transcurrido un año hasta que las demandantes alertaron a las autoridades austriacas. Sobre esto, éste parece haber sido un argumento decisivo para concluir que el Estado no había incurrido en violación alguna de su obligación de investigar. Al respecto, el Tribunal decía que, incluso si los eventos ocurridos en Austria no se vieran de manera aislada, el hecho de que las autoridades fueran alertadas un año después de producirse los acontecimientos parecía validar su inactividad. Igualmente, el Juez Pinto de Albuquerque, en su opinión concurrente, concluye con que, a pesar de que Austria había fallado en su obligación de procedimiento de investigar debido a su falta de actuación, sin embargo, no podría atribuírsele responsabilidad puesto que las demandantes habían tardado un año en alertar a las autoridades. Esta conclusión por partida doble es sorprendente y difícilmente se encuentran argumentos para su sostenibilidad. Con lo que sigue se entenderá lo que se dice.

Ya en otros lados se ha hecho referencia a la Directiva 2011/36/UE sobre materia de trata de personas. El contenido de esta Directiva debía ser transpuesta por los Estados Miembros de la Unión Europea a sus ordenamientos jurídicos internos antes de principios de abril del año 2013 – Artículo 22 –. Esto quiere decir que, con lo que respecta a sus mandatos en materia de trata de personas, los distintos ordenamientos nacionales estarán uniformados. Esta uniformidad abarcará a la imposición de penas, de manera que los Estados Miembros deberán garantizar el castigo de la trata de personas con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos cinco años o de al menos diez años ante determinados supuestos y cabiendo agravantes.<sup>659</sup> Sabiéndose que las penas se extenderán sobre estos tiempos en los ordenamientos jurídicos nacionales a lo largo de la Unión, es llamativo que el Tribunal Europeo estime que el transcurso de

---

<sup>659</sup> En el tenor del Artículo 4 de la Directiva 2011/36/UE: “1. Member States shall take the necessary measures to ensure that an offence referred to in Article 2 is punishable by a **maximum penalty of at least five years of imprisonment**.

2. Member States shall take the necessary measures to ensure that an offence referred to in Article 2 is punishable by a **maximum penalty of at least 10 years of imprisonment where** that offence:

(a) was committed against a **victim who was particularly vulnerable**, which, in the context of this Directive, shall **include** at least **child victims**;

(b) was committed within the framework of a **criminal organisation** (...)

(c) deliberately or by gross negligence **endangered the life of the victim**; or

(d) was committed by use of **serious violence or has caused particularly serious harm** to the victim.

3. Member States shall take the necessary measures to ensure that the fact that an offence referred to in Article 2 was **committed by public officials in the performance of their duties** is regarded as an **aggravating circumstance** (...)” (Resaltado añadido).



un año antes de que las demandantes alertaran a las autoridades constituiría un motivo justificativo de la inactividad austriaca. Esto es así porque las penas de semejante duración vienen aparejadas con largos periodos de prescripción. Efectivamente, Austria enmendó la sección 104a de su Código Penal (CP) a través del Criminal Amendment Act 2013 para incluir tales penas sobre el delito de la trata de personas y en la sección 57 CP ha establecido plazos de prescripción que oscilarán, en lo que aquí concierne, entre cinco y diez años en función de la pena.<sup>660</sup>

Es por todo ello que, como se adelantó, la conclusión mantenida por partida doble en este asunto es sorprendente y difícilmente se encuentran argumentos para su sostenibilidad. En efecto, el transcurso del tiempo en sí mismo no debería ser argumento suficiente para eximir al Estado del cumplimiento de la obligación de procedimiento de investigar cuando un delito aún no ha prescrito en el ordenamiento jurídico nacional. Ciertamente, a diferencia de lo que ocurría con respecto a la obligación positiva de proteger a las víctimas de trata ante una situación de riesgo real e inmediato, de los elementos conformadores de la obligación de investigar no se desprende un requisito temporal equivalente.

#### *Asunto de Chowdury y otros c. Grecia*

En marzo del año 2017, el Tribunal Europeo con ocasión del *Asunto de Chowdury y otros c. Grecia* habrá tenido que lidiar con un caso de trata interna que tendría lugar dentro de las fronteras helenas. Los hechos del asunto a estas alturas sonarán conocidos. Cuarenta y dos bangladesíes reclutados a lo largo de Grecia para trabajar en la recolección de fresas en Manolada se posicionaban como demandantes del Estado. Sus empleadores no les pagarían el salario prometido y les obligarían a trabajar en duras condiciones bajo la vigilancia de guardias armados. Tras confirmar que los hechos constituían trata de seres humanos y trabajo forzoso el Tribunal Europeo analizaría si, como defendían los demandantes, la obligación de procedimiento de investigar los posibles casos de trata había sido incumplida por el Estado, para lo cual el Tribunal indagaría sobre la efectividad de la investigación y del procedimiento judicial. Sobre esto, similar a lo ocurrido en el *Asunto de L.E. c Grecia*, en este caso el Tribunal deja

---

<sup>660</sup> Por si se quiere echar un vistazo, la sección 57 del Código Penal austriaco establece como periodos de prescripción: “(...) **ten years** in the case of acts punishable by a **maximum term** of imprisonment of more than five years but **not more than 10 years**; **five years** in the case of acts punishable by a **maximum term** of imprisonment of more than one year but **not more than five years**.” (Resaltado añadido).

claro que dentro de la obligación positiva de investigar, además de la actuación de las autoridades policiales, está incluida aquella llevada a cabo por las autoridades competentes para el enjuiciamiento y la de las autoridades judiciales. Consecuencia del deber impuesto por esta obligación, las autoridades tendrán que, en el ámbito de sus competencias respectivas, aplicar plenamente todos los mandatos provenientes de los textos normativos sobre la trata.<sup>661</sup> Es en este sentido, en la búsqueda del entendimiento de cuándo las diligencias de unas y otras se consideran suficientes dentro de sus competencias, que es relevante este dictamen del TEDH.

Al proceder al análisis de los hechos del caso, el Tribunal diferencia entre dos tipos de actuaciones puesto que los eventos en los que se fundamentaba el alegado incumplimiento del Estado de su obligación de actuar no habían ocurrido de manera homogénea para todos los demandantes.

Con respecto al primer grupo de demandantes, el TEDH se centra exclusivamente en la valoración de la actuación del fiscal, puesto que este conjunto no participó en el procedimiento judicial. Sobre los hechos relevantes a tener en cuenta en la determinación de la eficacia de las diligencias que competían al fiscal, el Tribunal Europeo destacará que aquel habría precisado que si aquellas personas fueran víctimas de trata habrían alertado a las autoridades de policía con anterioridad, tal y como lo hicieron otros de los obreros, y que los demandantes habían declarado que acudieron a la policía porque se habían enterado de que si iban recibirían permisos de residencia en tanto que víctimas de trata. El TEDH hará notar que el fiscal en su decisión, al desestimar la denuncia de los demandantes, no había examinado la parte de la queja relativa a la trata de personas y al trabajo forzoso a pesar de que tenía en su posesión las declaraciones hechas al respecto ante la policía por cada uno de ellos. Justamente por esta omisión en su deber de examinar la veracidad de las alegaciones expuestas para establecer si las mismas estaban fundadas, será que el fiscal habría incumplido la obligación de investigación que le incumbía. Igualmente, el haber aducido como motivo para rechazar la solicitud de los demandantes el hecho de que estos habían tardado en acudir a la policía supondría un desconocimiento del marco regulatorio de la trata en

---

<sup>661</sup> En palabras del TEDH : “[L]a Cour estime **que l’obligation d’enquêter effectivement lie**, en cette matière, **les autorités de poursuite et les autorités judiciaires**. Lorsque ces autorités établissent qu’un employeur aurait eu recours à la traite des êtres humains et au travail forcé, **elles devraient en tirer, dans la mesure de leurs compétences respectives, toutes les conséquences découlant de l’application des textes répressifs pertinents.**” (Resaltado añadido) (*Affaire Chowdury et autres c. Grèce*, párr. 116).

virtud del cual, siguiendo los mandatos del Convenio de Varsovia – elección más garantizadora de los derechos humanos –, los individuos en tal situación deben disfrutar de un periodo de restablecimiento y reflexión de al menos treinta días en los que podrán decidir si cooperan con las autoridades. Esto es, el fiscal no habría aplicado, dentro de su ámbito competencial, todos los mandatos provenientes de los textos normativos sobre la trata. Basándose en estos hechos, el Tribunal concluye con que el cumplimiento de la obligación de procedimiento de llevar a cabo una investigación efectiva sobre la situación de la trata de personas fue insuficiente, dándose una violación del Artículo 4 del CEDH.<sup>662</sup>

Con respecto al segundo grupo de demandantes, el Tribunal Europeo valorará tanto la actuación del fiscal como la de la autoridad judicial, puesto que estos sí habrían participado en el procedimiento ante el tribunal griego. EL TEDH considerará que el tribunal nacional se había regido por una interpretación muy limitada del concepto de trata de personas que desvirtúa la figura y que debido a esa idea errónea se habría absuelto a los acusados como tratantes. En efecto, el pronunciamiento del tribunal griego resultaría en que dos de los acusados serían condenados a penas de reclusión por daño corporal, al haber disparado contra parte de los demandantes, y a pagar 43€ a cada obrero herido, mientras que los otros dos acusados harían frente a una pena pecuniaria. Visto este resultado, los abogados de los obreros mantendrían que el tribunal no había examinado correctamente las acusaciones sobre trata ante lo cual el fiscal respondería, sin motivación, que no se daban las condiciones requeridas por la ley para apelar. El TEDH, tomará en cuenta todos estos datos, la negativa a actuar y el hecho de que se

---

<sup>662</sup> Siguiendo al TEDH: “Afin de rejeter la demande de ces requérants, **le procureur d’Amaliada a précisé que si ceux-ci avaient été réellement victimes des infractions** qu’ils dénonçaient, **ils auraient saisi immédiatement**, dès le 17 avril 2013, **les autorités de police**, comme les trente-cinq autres ouvriers l’avaient fait, et ils n’auraient pas attendu le 8 mai 2013. (...) [I]l a relevé que tous **les plaignants avaient déclaré avoir fait des dépositions** à la police **après avoir appris qu’ils recevraient des titres de séjour** en tant que victimes de traite d’êtres humains.” “(...) [Dans] le rejet de la plainte des requérants (...) **[r]ien dans la décision n’est de nature à démontrer que le procureur a réellement examiné la branche du grief des requérants relative à la traite d’êtres humains et de travail forcé. Or**, la Cour note que **la police avait interrogé chacun** des vingt et un requérants, qui avaient signé un procès-verbal contenant leurs déclarations, (...) **et elle avait transmis ces dépositions au procureur (...).**” “La Cour considère qu’**en omettant de vérifier si les allégations de ce groupe des requérants étaient fondées, le procureur a failli à son obligation d’enquête (...).**” “La Cour considère aussi qu’**en rejetant la demande de ce groupe des requérants au motif**, entre autres, **que ceux-ci ont tardé de saisir les autorités de police, le procureur a méconnu le cadre réglementaire régissant la traite des êtres humains.** En effet, l’article 13 de la **Convention du Conseil de l’Europe** sur la lutte contre la traite prévoit justement un « **délai de rétablissement et de réflexion** » **d’au moins trente jours** pour que la personne concernée puisse se rétablir et échapper à l’influence des trafiquants et prenne, en connaissance de cause, une décision quant à sa coopération avec les autorités (...).”(Resaltado añadido) (*Affaire Chowdury et autres c. Grèce*, párr.118-122).

contraviniesen los mandatos del Convenio de Varsovia – nuevamente la elección más garantizadora de los derechos humanos – el cual contiene la obligación para los Estados de prever el derecho de las víctimas a ser indemnizadas por los autores de la infracción. Como se ve, la valoración se basa, al igual que en el supuesto anterior, en sopesar si las autoridades aplicaron plenamente en el ámbito de sus competencias respectivas todos los mandatos que le eran exigibles en materia de trata.

Para concluir, en base a todas aquellas circunstancias, el Tribunal estimará que el Artículo 4 del CEDH habría sido violado con motivo del incumplimiento de la obligación de procedimiento exigible al Estado de asegurar tanto una investigación de las infracciones cometidas sobre la trata de personas y el trabajo forzoso, como un procedimiento judicial dirigido a sancionar a los tratantes, ambos, efectivos.<sup>663</sup>

#### 2.3.4.2.4. Un buen cierre. Las consecuencias de identificar violaciones del Artículo 4 del CEDH

En el Capítulo III se introdujo la idea de que la eficacia de la actuación de los mecanismos de protección de los derechos humanos debía evaluarse teniéndolos en cuenta como engranajes de una misma maquinaria. Aquella parte del trabajo se cerró diciendo que la defensa de los derechos humanos a través de un órgano judicial internacional ha sido vista como el “estándar de oro” puesto que éstos poseen la

---

<sup>663</sup> Según el TEDH: “La Cour observe **que la cour d’assises de Patras a acquitté les accusés du chef de traite d’êtres humains** en considérant notamment que les ouvriers ne se trouvaient pas dans l’impossibilité absolue de se protéger eux-mêmes et que leur liberté de mouvement n’était pas compromise, au motif qu’ils étaient libres de quitter leur travail (...). [L]a Cour estime que la restriction à la liberté de mouvement n’est pas une condition *sine qua non* pour qualifier une situation de travail forcé ou même de traite des êtres humains. (...) [L]a Cour réitère son constat concernant **l’interprétation étroite de la notion de traite par la cour d’assises de Patras** qui s’est fondée plutôt sur des éléments propres à la servitude **pour ne pas qualifier de traite la situation des requérants** (...). Or, une situation de traite peut exister en dépit de la liberté de mouvement de la victime.” “Ainsi, la cour d’assises de Patras a non seulement **acquitté les défendeurs de l’accusation de traite d’êtres humains**, mais a aussi **transformé la peine de réclusion** prononcée à l’égard des deux de ceux-ci pour dommage corporel grave **en une sanction pécuniaire** de 5 EUR par jour de détention.” “(...) [L]e procureur près la Cour de cassation a refusé de se pourvoir en cassation contre l’arrêt d’acquiescement. À l’allégation des avocats des ouvriers qui soutenaient que la cour d’assises n’avait pas examiné de manière adéquate l’accusation de traite des êtres humains, le procureur a répondu sans autre motivation que « les conditions prévues par la loi pour former un pourvoi ne se trouvaient pas réunies » (...).” “(...) Même dans le contexte de la condamnation (...) pour dommage corporel grave, la cour d’assises ne les a **condamnés qu’à verser pour dommage une somme de 1 500 EUR, soit 43 EUR par ouvrier blessé** (...). Or, l’article 15 de la **Convention du Conseil de l’Europe** sur la lutte contre la traite des êtres humains **fait obligation** aux Etats contractants, dont la Grèce, de prévoir, dans leur droit interne, **le droit pour les victimes à être indemnisés par les auteurs de l’infraction** ainsi que de prendre des mesures afin, entre autres, d’établir un fond d’indemnisation des victimes.” “Il y a donc eu violation de l’article 4 § 2 en raison du manquement de l’Etat défendeur de remplir ses obligations positives résultant de cette disposition (...) d’enquêter efficacement sur les infractions commises et de sanctionner les responsables de la traite” (Resaltado añadido) (*Affaire Chowdury et autres c. Grèce*, párr. 123-128).

autoridad de sancionar a los Estados que han violado sus obligaciones de derechos humanos. Habiéndose tentado a la curiosidad con tal declaración, no se puede cerrar esta disertación sin echar un vistazo a cuál es la consecuencia de que en sede del TEDH se haya reconocido la existencia de varias violaciones del Artículo 4 del CEDH como resultado del cumplimiento insuficiente por parte de los Estados de sus obligaciones positivas en materia de trata de personas.

Siguiendo el tenor del Convenio Europeo, sus Estados Parte se han comprometido a acatar las sentencias definitivas del Tribunal Europeo en los litigios en los que sean parte – Artículo 46 apdo. 1 –. Como recuerda Luis López Guerra, en cuanto el Convenio deja a los Estados que decidan las vías de cumplimiento en su ordenamiento jurídico interno – con supervisión del Comité de Ministros del Consejo de Europa en virtud del Artículo 46 apdo. 2 –, las sentencias tienen efecto declarativo.<sup>664</sup> Sin embargo, en casos, el Tribunal, al considerar que el derecho del Estado reparará de manera imperfecta las consecuencias de la violación, puede conceder a la parte perjudicada una satisfacción equitativa – Artículo 41 –. En la práctica del Tribunal, la satisfacción equitativa otorgada a raíz de la violación de obligaciones positivas en el ámbito de la trata de personas ha seguido diversos criterios y siempre ha sido de tipo pecuniario. El TEDH habrá reconocido en las diferentes ocasiones que a las víctimas del derecho vulnerado al amparo del Artículo 4 del CEDH les correspondía una indemnización a título de daños materiales, de daños morales y, menos en un caso, de costes de asistencia jurídica y otros gastos. Sobre esto se puede echar un vistazo que muestre lo que se ha concedido.

Así, en el *Asunto de Chowdury y otros c. Grecia* la estimación de los daños materiales y morales se haría de manera conjunta. Allí se entendía que la cantidad – entre 16.000 y 12.000 € a cada uno de los demandantes – se concedía en razón de los salarios que no habían sido pagados y de la decisión del tribunal griego de absolver a los culpables. En el *Asunto de L.E. c. Grecia*, en consonancia con las reclamaciones de la demandante, el Tribunal acordaba que aquella había sufrido un daño moral y que la mera constatación de la violación no constituía una reparación suficiente, por lo que le asignaba el total de la cantidad demandada a tal título – 12.000 € –. En al *Asunto de Rantsev c. Chipre y Rusia* el Tribunal recordaría que las autoridades chipriotas habían

---

<sup>664</sup> Luis López Guerra, "El sistema europeo de protección de los derechos humanos". En: *Protección multinivel de derechos humanos*, coords. , George Bandeira Galindo et al. (Red de Derechos Humanos y Educación Superior. 2013), 174. [https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/PMDH\\_Manual.pdf](https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/PMDH_Manual.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].

fallado en adoptar los pasos necesarios para proteger a la Srta. Rantseva de la trata, en investigar si había sido tratada y en llevar a cabo una investigación efectiva sobre su muerte. Por ello, el TEDH entendería que al demandante debía concedérsele una indemnización – 40.000 € – por los daños morales ocasionados debido a la angustia y al sufrimiento experimentados como resultado de la conducta de las autoridades. Con respecto a la violación del Artículo 4 de tipo procedimental imputable a Rusia también se acordaría una cantidad bajo el mismo concepto – 2.000 € –.

En cuanto al coste de asistencia jurídica, el Tribunal recordaría que éste sólo puede reembolsarse en la medida en que se demuestre la realidad de los gastos, su necesidad, el carácter razonable de su cantidad y siempre y cuando tengan relación a la violación declarada. En estos, en el *Asunto de Chowdury* el TEDH acordaría la integridad de la cifra reclamada en razón del procedimiento sustanciado ante las instancias nacionales – 4.363,64 € –, única cantidad pedida a este respecto. En *L.E. c. Grecia* se solicitaban los gastos de los honorarios del representante ante el Tribunal Europeo, el cual concedería finalmente una cantidad menor a la reclamada – de 5000 € a 3000 € –. Por último, yendo más allá de la petición del reembolso de la asistencia jurídica, en *Rantsev* el demandante había solicitado que se cubriera una amplia gama de gastos. Sobre éstos el Tribunal recordaría que los costos y gastos reembolsables son aquellos reales y necesarios y de un montante razonable lo cual no era el caso de algunos de los presentados por no estar directamente conectados a las investigaciones del caso. Finalmente, se acordaría una cantidad – 4.000 € –, de la que se descontaría la cuantía recibida como ayuda legal por el Consejo de Europa – 850 € –, que debería ser cubierta por Chipre.<sup>665</sup>

Visto todo esto podrían considerarse satisfechas las curiosidades iniciales. Éstas son, por el momento, las consencuencias que en sede del TEDH han recaído sobre los Estados responsables de la violación de las obligaciones positivas que les corresponden en materia de trata de personas al amparo del Artículo 4 del CEDH. Allí, la trata de personas es, también, una violación de derechos humanos y, como tal, sus víctimas pueden hacer valer sus derechos vulnerados ante un órgano jurisdiccional internacional.

Éste parece un buen cierre.

---

<sup>665</sup> *Affaire Chowdury et autres c. Grèce*, párr. 134, 135, 137, 138; *Affaire L.E. c. Grèce*, párr. 102, 104, 105, 107; *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, párr. 342, 343, 347, 348.

## Conclusiones

A pesar de que durante el recorrido seguido en este trabajo se han ido ofreciendo conclusiones de la relación de datos y argumentos que iban siendo presentados, a modo conclusivo, se pueden ofrecer algunas ideas a las que se llega después de considerar lo que ha sido expuesto.

1. La trata de personas es un delito y una violación de derechos humanos. La trata se concibe en su origen como un delito. La Conferencia Internacional para la represión de la trata de blancas del año 1902 se convocó para resolver cuestiones de cooperación entre los Estados con el propósito de afrontar un delito que traspasaba fronteras. Esta era su finalidad y no otra, y seguiría siendo la misma al plasmarse sobre los tratados internacionales dirigidos a combatirla. De hecho, como se explicó, el hecho de que la trata en esta época participara del fenómeno de la internacionalización del crimen habla por sí mismo. Éste es sin duda el enfoque seguido desde el Acuerdo Internacional de 1904 hasta el Protocolo de Palermo en el año 2000.

El Protocolo de Palermo es un instrumento penal, de derecho penal transnacional, dirigido a posibilitar la cooperación entre sus Estados Parte en la lucha contra un delito. Sin embargo, su llegada va a romper la dinámica anterior y el discurso de la trata de personas no volverá a ser el mismo. Será a partir de la conclusión de este tratado que se entenderá que la *trata delito* debe afrontarse conjuntamente con la *trata violación de derechos humanos*. Su lucha, debe abordar ambas perspectiva so pena de considerarse insuficiente. Esto se pondrá especialmente de relieve con la conclusión del Convenio de Varsovia en el año 2005 el cual surge, de manera declarada, para combatir al mismo tiempo las dos perspectivas de la trata.

2. A día de hoy, el correcto afrontamiento de la *trata violación de derechos humanos* no puede darse por sentado. Esto ha podido verse en el desarrollo del quehacer del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este órgano jurisdiccional, ocupado de la protección de los derechos humanos, cuando ha tenido que valorar la posible violación por parte de los Estados de las obligaciones que a aquellos les conciernen en materia de trata, sorpresivamente, ha recurrido, como baremo, a la catalogación de mandatos menos garantizadora

de los derechos humanos de las víctimas de entre aquellas que podía elegir. No ha sido hasta tiempos recientes – casi calificables de “instantes recientes” debido a su novedad – que se puede observar un cambio en esta tendencia cuando ha decidido exigir a los Estados que las obligaciones positivas a satisfacer en materia de trata de personas incluyan los estándares más garantizadores de los derechos humanos de las víctimas.

3. El entendimiento del afrontamiento de la *trata violación de derechos humanos* no es uniforme. Así, por ejemplo, véase el siguiente contraste. Desde foros altamente especializados del ámbito internacional en combatir la trata, como es el caso de la Relatora Especial contra la trata de personas, se ha puesto de relieve que condicionar la concesión de residencia y de protección a las víctimas al hecho de que colaboren con las autoridades es una mala práctica que debe suprimirse puesto que merma sus derechos humanos. Esto se ejemplificó mostrando que la Sra. Sigma Huda habría enviado una comunicación a Israel llamándole la atención sobre el hecho de que las víctimas de la trata sólo recibieran beneficios asistenciales si daban testimonio (*vid ut supra* p. 103). Asimismo, este reproche habrá sido hecho por el Comité CEDAW a varios países con ocasión de la observación del cumplimiento de sus obligaciones en materia de trata de personas (*vid ut supra* p. 201). Sin embargo, desde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el mismo condicionamiento se ha considerado válido. Así, en la *Decisión de V.F. c. Francia*, el Tribunal afirmaba que la legislación francesa era adecuada porque contenía disposiciones relativas a la protección jurídica y a la ayuda material a la que las víctimas pueden acceder, siempre y cuando – aquí el condicionante –, denunciaran o testificaran en el proceso contra los miembros de la red de trata (*vid ut supra* pp. 301 y 302). El resultado de la comparación es claro, la perspectiva de derechos humanos de la trata de personas se afronta en una intensidad desigual.

4. La trata de personas disfruta actualmente de un estatus de delito autónomo en el derecho. En sus orígenes, la regulación de la trata surge indisolublemente unida a los debates sobre la prostitución. La separación en el derecho de la trata de, *grosso modo*, la intermediación en la prostitución no llegará definitivamente hasta la consagración de la definición de Palermo, donde la nueva estructuración de sus elementos le dará autonomía. Allí se establece claramente que, *en derecho*, la trata de personas es un delito autónomo



compuesto de tres elementos y que el último de ellos consiste en que la actividad se dirija intencionalmente a una actividad de explotación. En este proceso enfocado a explotar a las personas, no se necesita que la explotación ocurra efectivamente la cual, en el caso de producirse, daría entrada, a su vez, a las diferentes regulaciones y consecuencias legales asociadas a cada uno de los tipos de explotación.

5. La actual configuración de la trata como un delito autónomo tras ganarse, primero, en el derecho, ahora debe reivindicarse en los hechos. Efectivamente, en la práctica ocurre que muchos han sido incapaces de asumir esta autonomía y confunden a la trata con las finalidades de explotación a las que es susceptible de dirigirse. La tendencia a la yuxtaposición de figuras habría acompañado a la trata en su recorrido evolutivo, teniendo su primera manifestación histórica en la igualación de la trata con la intermediación en la prostitución para, tras Palermo, ver nuevas modalidades como la subsunción de la trata de personas como una forma de trabajo forzoso o, tal vez contando con más adeptos, su equiparación con la esclavitud. Esto ocurre de manera amplia y puede verse, *inter alia*, en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo (*vid ut supra* apdo. 3 Capítulo II), en la doctrina (*vid ut supra* apdo. 4 Capítulo II) o en la jurisprudencia del TEDH (*vid ut supra* apdo. 2.2.3. Capítulo IV). La consecuencia es la generación de profundas contradicciones en cómo se entiende y se enfrenta la trata. Uno de los contrasentidos “más sonados” es el planteamiento de cómo podría conciliarse que la trata fuera una de sus finalidades de explotación y que al mismo tiempo ésta se dirigiese a otros fines de explotación diferentes a aquella. Decantarse por esta vía crearía un caos interno en la figura de la trata que restaría eficacia a su combate.

6. La falta de asunción de autonomía de la trata en los hechos trae repercusiones negativas que, lejos de circunscribirse a un plano meramente teórico, son permeables a la práctica. Será por ello que las aclaraciones conceptuales realizadas en este trabajo sobre los elementos definitorios de la trata de personas son imprescindibles para combatirla de manera eficaz. Así, por ejemplo, en la jurisprudencia del TEDH puede apreciarse la repercusión del erróneo entendimiento de la trata y de su confusión con las finalidades de explotación. Allí, en el *Asunto de J. y otros c. Austria* el Tribunal Europeo habría considerado que Austria estaba en lo correcto y que en su territorio no se

había dado un caso de trata de personas y que, por lo tanto, no le correspondía ninguna obligación al no tener jurisdicción sobre el delito, y ello, porque durante el tiempo en el que la situación tuvo lugar en el país no se demostraba que se hubiera producido una explotación efectiva. Con este parecer, el TEDH habría mostrado un incorrecto entendimiento de la estructura de la trata la cual no requiere que la explotación a la que intencionalmente se dirige tenga lugar – ni, obviamente, que esté teniendo lugar –. Este resultado deriva de la calificación de la trata por parte del Tribunal Europeo como una forma contemporánea de esclavitud donde, bajo tal etiqueta, difícilmente se la puede entender desligada del acaecimiento de una explotación efectiva (*vid ut infra* Conclusión 15).

7. En la práctica, la lucha contra la trata sigue siendo afrontada por muchos bajo su configuración clásica. Para estos, a pesar de que asumen desde un punto de vista jurídico la nueva definición de la trata de personas del Protocolo de Palermo, *de hecho*, continúan abordando su lucha como si se dirigiera exclusivamente a combatir la explotación de la prostitución de las mujeres. La repercusión de la incompleta asunción del mandato formal será que, en la práctica, el combate contra la trata se mostrará ineficaz puesto que otros tipos de víctimas y otros tipos de explotación quedarán “invisibilizados”.

8. Las aclaraciones conceptuales realizadas en este trabajo sobre el alcance de la aplicación de la definición de la trata consagrada en Palermo son imprescindibles para emprender un combate eficaz. Así, si se posee un instrumento internacional que contiene obligaciones exigibles a los Estados, cómo es el caso del Protocolo de Palermo, y no se entiende que estos mandatos de combatir la trata les son reivindicables tanto si aquella es internacional como si es nacional y tanto si los sujetos activos son grupos criminales organizados como si no lo son, entonces, esta herramienta para afrontar la trata no se estaría utilizando eficazmente. De hecho, un mal entendimiento de este alcance ha llevado a autores a manifestar su preocupación al entender erróneamente que estos perfiles de la lucha contra la trata no se incluían en Palermo y que, entonces, las víctimas que hubieran visto sus derechos violados en aquellos parámetros estarían desprotegidas (*vid ut supra* p. 75). Esto muestra que todas las aclaraciones sobre el alcance de la aplicación o sobre los elementos constitutivos de la definición de la trata se dirigen a que las normas del

ordenamiento jurídico internacional a disposición y en vigor para combatir la trata se utilicen de la manera más eficaz posible.

9. La configuración última de la trata está por venir para entenderse como *trata de personas dirigida a su explotación en propósitos o fines ilícitos*. En Palermo, la explotación a la que la trata se dirige está representada como un catálogo abierto de actividades pero no como una categoría legal lo cual genera problemas a la hora de entender qué debe estar incluido y qué no. Tal acontecer llama a identificar un concepto común de explotación en el ámbito de la trata que determine cuándo una figura disfrutaría de tal carácter siendo entonces susceptible de englobarse bajo el tercer elemento de la trata en caso de que la acción y el medio de ésta fueran dirigidos a aquella. En este trabajo se ha demostrado que, en los casos de trata, el contexto que emerge bajo el paraguas constituido por su elemento de medios de comisión aporta en sí mismo la injusticia requerida para dotar a la explotación susceptible de producirse de un carácter indebido. Un análisis de diversas fuentes primarias que consagran a los tipos de explotación que acompañan a la definición de la trata del Protocolo de Palermo revela cuál es la característica que todas ellas tienen en común, a saber, todas son fines ilícitos. Esto, vendrá consagrado en los *travaux préparatoires* de Palermo y, a nivel normativo, en la Directiva 2011/36/UE y, en un primer antecedente, en la Convención Interamericana sobre el Tráfico Internacional de Menores del año 1994. Así las cosas, en el contexto injusto inherente a la figura de la trata, una conducta será calificada de explotación cuando constituya un fin o un propósito ilícito, de manera que el criterio que decide cuándo la situación es susceptible de considerarse una manifestación de explotación a la que puede dirigirse la trata es que ésta sea contraria a la ley. La presentación de este concepto unificado de la trata aumenta la eficacia de su combate puesto que suprime las posibles contradicciones entre los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales que pueden haber integrado diferentes finalidades de explotación en su definición, facilitando su cooperación, mientras que, al mismo tiempo, se conserva el carácter dinámico que pretendía darse al concepto de trata cuando se le reguló acompañado de un listado abierto de finalidades de explotación.

10. La introducción de la prohibición de la trata en instrumentos de derechos humanos supone que sobre los Estados recaen obligaciones a su respecto y que su incumplimiento genera su responsabilidad. La consideración de la trata de

personas como una violación de derechos humanos ha llevado a que su prohibición esté incluida en tratados internacionales de derechos humanos tanto a nivel universal como regional y que la tendencia más actual en los tratados internacionales que la tienen por objeto sea que junto a la *trata delito* se afronte la *trata violación de derechos humanos*. En este trabajo la atención se centra en la introducción originaria de la trata en la CEDAW, en su inclusión sobrevenida en el CEDH y en su afrontamiento en el Convenio de Varsovia. A través de estas tres vías se comprueba que cuando la perspectiva de derechos humanos entra en juego, también lo hacen los mecanismos de protección de los derechos humanos los cuales se ocupan de fiscalizar el cumplimiento por sus Estados Parte de las obligaciones que les corresponden en virtud de cada uno de los tratados. Esto supone que vigilarán que las exigencias requeridas por la perspectiva de derechos humanos sean satisfechas so pena de incurrir en responsabilidad ante un cumplimiento insuficiente, dirigiéndose, así, a lograr un combate eficaz de la *trata violación de derechos humanos*. Además, esta lucha verá aumentada su efectividad en la medida en que se ha mostrado que los mecanismos de salvaguarda de los derechos humanos comprendidos en cada uno de los tres instrumentos presentados tienden, en su actuación, a apoyar y respaldar los resultados arrojados por los otros en sus exámenes de los Estados cuando valoran su cumplimiento con las obligaciones que les corresponden en virtud de los distintos derechos humanos.

11. La labor de la CEDAW con respecto a la trata acerca al contenido del Protocolo de Palermo a los derechos humanos. Desde la CEDAW se busca eliminar formas de discriminación contra la mujer y, en la medida en que incluye a la prohibición de la trata en su articulado, entiende que ésta posee una perspectiva de género que requiere ser atendida. El hecho de que, a través de su Artículo 6, el Comité CEDAW busque la implementación de las disposiciones pertinentes de Palermo dota a estos preceptos de un enfoque de derechos humanos del que carecían originariamente. Esto se ve en el reclamo a los Estados a que adopten las medidas incluidas en el tratado transnacional, sin que ello resulte en la vulneración de los derechos humanos de las víctimas (*vid ut supra* Conclusión 3), y en que lo hagan impregnándolas de un enfoque de género. Así, por ejemplo, las medidas de la recolección de datos, el entrenamiento y sensibilización de los agentes involucrados, las medidas de

asistencia y protección, el enfoque seguido para desalentar la demanda o las medidas preventivas de concienciación o de educación requieren que los Estados las particularicen dotándolas de un enfoque de género para hacer frente a las especificidades que requiere enfrentar a la trata como una forma de discriminación contra la mujer.

12. El Convenio de Varsovia presenta a la trata de personas simultáneamente como un delito y como una violación de derechos humanos y su contenido se refuerza frente a los Estados Miembros de la Unión Europea a través del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este tratado fue concebido movido por la necesidad de concretar un nuevo instrumento legalmente vinculante que estuviera orientado hacia la protección de los derechos de las víctimas y al respeto a los derechos humanos, ofreciendo un equilibrio entre derechos humanos y enjuiciamiento. Sin embargo, el tratado contiene una cláusula de desconexión en favor de los Estados Miembros de la Unión Europea la cual, como se recordará, prevé que los Estados Parte en Varsovia que sean, a su vez, miembros de la UE apliquen en sus relaciones mutuas el derecho de ésta. Esto ha llevado a temer que tal maniobra terminara suponiendo que se apliquen unos estándares de protección de las víctimas más bajos (*vid ut supra* p. 220). No obstante, el Artículo 4 del CEDH sería susceptible de neutralizar estos posibles efectos negativos. Esto sería así porque el TEDH en su jurisprudencia en materia de trata de personas se aproxima cada vez más a los estándares contenidos en el Convenio de Varsovia en cuestiones de protección y asistencia de las víctimas, de manera que, en el cumplimiento de tales obligaciones bajo el CEDH, los estándares requeridos serán éstos también para los países de la UE.

13. El Tribunal Europeo podría afianzarse en el rol de mecanismo de vigilancia del cumplimiento del Convenio de Varsovia. El TEDH, en su último pronunciamiento en materia de trata de personas, en el *Asunto de Chowdury y otros c. Grecia*, identificaría dentro de las obligaciones positivas exigibles a los Estados el contenido de Varsovia, más garantizador de los derechos humanos. Con este posicionamiento estaría suavizando su anterior postura más restrictiva en cuanto a la protección de las víctimas. Si siguiera recorriendo ese camino, el cumplimiento de las obligaciones contenidas en aquel tratado estarían contando con el respaldo de un órgano judicial internacional.

14. La introducción de la prohibición de la trata en el CEDH supone que los individuos que hayan visto violado su derecho a vivir libre de trata pueden recibir tutela jurisdiccional ante un órgano internacional. Una vez la trata es considerada una violación de derechos humanos se plantea su introducción en el CEDH a través de la técnica interpretativa del instrumento vivo lo cual trae como resultado que sus víctimas puedan acudir ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando consideren que el Estado bajo cuya jurisdicción se hallen ha violado las obligaciones positivas – y no meramente la obligación negativa de abstenerse de ejecutar la conducta prohibida – que le corresponden para asegurar su derecho. De hecho, no será hasta la introducción de la prohibición de la trata en el Artículo 4 del CEDH, con ocasión del *Asunto de Rantsev c. Chipre y Rusia*, que se reconocerá, bajo aquel precepto, una amplia gama de obligaciones positivas implícitas exigibles a los Estados. Este descubrimiento se posibilita bajo la figura de la doctrina de la interpretación evolutiva que busca, como finalidad, que los derechos contenidos sean prácticos y efectivos en su ejercicio y bajo la cobertura proporcionada por el Artículo 1 del CEDH que consagra la *obligación de respetar los derechos humanos* percibida como una obligación de carácter general. A partir de ese momento, los Estados tendrán que llevar a cabo actuaciones que no se limitarán a la penalización y al enjuiciamiento efectivo del delito sino que abarcarán, también, el ámbito de la protección de las víctimas actuales o potenciales. Así las cosas, la introducción de la prohibición de la trata en el Convenio Europeo traerá el reconocimiento de las obligaciones positivas de establecer un marco legislativo y administrativo adecuado, de adoptar medidas de protección operativas y de procedimiento de investigar los posibles casos de explotación, las cuales de ser incumplidas supondrán una violación del Artículo 4 del CEDH que genera la responsabilidad del Estado el cual, siguiendo la jurisprudencia del TEDH, podría indemnizar a la víctima por daños morales, materiales y cubrir las costas de asistencia jurídica y otros posibles gastos según correspondiera. Indudablemente, todo esto supone, el aumento de los estándares de protección de los derechos humanos bajo el Artículo 4 del CEDH.

15. El constructo del TEDH sobre la delimitación de los diferentes tipos de explotación contenidos en el Artículo 4 del CEDH y sobre su espíritu y finalidad está plagado de contradicciones que pueden llevar a ocasionar importantes

disfuncionalidades en el funcionamiento de la disposición. Allí, el entendimiento del TEDH de los tipos de explotación consagrados en el Artículo 4 del CEDH es errático y la jurisprudencia se emite acompañada de incongruencias. Asimismo, con ocasión de la introducción de la trata de personas en aquel precepto, el TEDH estimó que la substancia de las conductas allí comprendidas era el *ejercicio de facultades vinculadas al derecho de propiedad*, esto es, el núcleo de la definición de esclavitud. Con tal proceder, la interpretación evolutiva del Artículo 4 del CEDH realizada por el TEDH para incluir a la prohibición de la trata no vendría avalada por una justificación normativa puesto que no compartiría la esencia de aquella disposición según ésta ha sido identificada por el Tribunal. Si se mantiene que no existe un vínculo entre la sustancia del derecho protegido y la nueva libertad que se buscaba garantizar, el resultado del constructo presentado habría sido producto de un *creacionismo* de los jueces. Este posicionamiento conlleva, además de un aumento de los conflictos entre los significados de los tipos de explotación – al presentar a la esclavitud como un concepto omnicomprensivo –, que se planteen una serie de impedimentos en el funcionamiento de la garantía de los derechos humanos que ofrece el Artículo 4 del CEDH. Así, por ejemplo, en teoría, se daría la imposibilidad de incluir nuevas finalidades de explotación que no estuvieran basadas en la esencia identificada, a saber, en los atributos del derecho de propiedad – lo cual, además, sería redundante puesto que la prohibición de la esclavitud ya está garantizada –, volviendo estático al Artículo 4 del CEDH que vería frustrada su posible futura evolución. Igualmente, esto supondría que las víctimas de finalidades de la trata diferentes a la esclavitud, o a los tipos de explotación comprendidos expresamente en el Artículo 4 del CEDH, no podrían recibir justicia ante el TEDH – piénsese en las víctimas de la trata de órganos donde no hay presente el ejercicio de las facultades vinculadas al derecho de propiedad –. En añadidura, en teoría los Estados podrían alegar que en los casos en los que no haya presente un atributo del derecho de propiedad no les son exigibles las obligaciones positivas reconocidas bajo el Artículo 4 del CEDH puesto que no encontrarían un substrato normativo que las respaldara por cuanto no estarían vinculadas por la substancia del derecho allí protegido. Todo esto supone que recorrer hasta su límite final el camino de las consecuencias susceptibles de generarse bajo el constructo del TEDH podría acarrear gravosos resultados para el Convenio

Europeo y para su efectividad en el ámbito del Artículo 4 en la jurisdicción de los Estados Miembros. La solución pasa por reevaluar los conceptos de las conductas de explotación comprendidas en aquella disposición puesto que su caracterización como figuras omnicomprensivas no encuentra sustento normativo y por (re)descubrir la auténtica esencia y finalidad del Artículo 4 del CEDH, la cual no puede ser otra que la prohibición de la explotación de las personas.



## Bibliografía y recursos documentales

- Akandji-Kombe, Jean-Françoise. *Positive obligations under the European Convention- A guide to the implementation of the European Convention*. En Human Rights Handbook 7. Council of Europe, 2007. <https://rm.coe.int/168007ff4d> [Consultado el 20 de julio de 2017].
- Allain, Jean. "The Definition of "Slavery" in General International Law and the Crime of Enslavement within the Rome Statute". En *Guest Lecture Series of the Office of the Prosecutor, ICC-CPI and individual authors*. The Hague, 26 April 2007. [https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/069658BB-FDBD-4EDD-8414-543ECB1FA9DC/0/ICCOTP20070426Allain\\_en.pdf](https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/069658BB-FDBD-4EDD-8414-543ECB1FA9DC/0/ICCOTP20070426Allain_en.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].
- \_\_\_\_\_. "Case Notes. R v Tang. Clarifying the Definition of *Slavery* in International Law". *Melbourne Journal of International Law* 10 (2009): 246-57.
- \_\_\_\_\_. "On the Curious Disappearance of Human Servitude from General International Law". *Journal of the History of International Law* 11 (2009): 303-32.
- \_\_\_\_\_. "The Definition of Slavery in International Law". *Howard Law Journal* 52 (2009): 239-75.
- \_\_\_\_\_. "*Rantsev v Cyprus and Russia*: The European Court of Human Rights and Trafficking as Slavery". *Human Rights Law Review* 10, Issue 3 (1 September 2010): 546-57.
- \_\_\_\_\_. "Trafficking of persons for the removal of organs and the admission of guilt of a South African hospital". *Medical Law Review* 19 No 1 (2011): 117-22.
- \_\_\_\_\_. "The International Legal Regime of Slavery and Human Exploitation and its Obfuscation by the Term of Art: 'Slavery-like Practice'". *Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux* 10 (2012): 27-42. <https://www.unicaen.fr/puc/images/crdf1003allain.pdf> [Consultado el 20 de julio de 2017].
- \_\_\_\_\_. Ed. *The legal Understanding of Slavery. From the Historical to the Contemporary*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Slavery in International Law: Of Human Exploitation and Trafficking*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012.

- \_\_\_\_\_. "No Effective Trafficking Definition Exists: Domestic Implementation of the Palermo Protocol". *Albany Government Law Review* 7 (2014): 111-42.
- \_\_\_\_\_. "The Implications of Preparatory Works for the Debate Regarding Slavery, Servitude and Forced Labour". En *Research Handbook on Transnational Labour Law*, eds. Blackett, Adelle and Anne Trebilcock, 523-35. UK-MA.USA: Edward Elgar Publishing, 2015.
- \_\_\_\_\_. *The Law and Slavery: Prohibiting Human Exploitation*. Leiden-Boston: Brill Nijhoff, 2015.
- \_\_\_\_\_. "Sham Adoption: The DNA of a Conventional Servitude". En *The Law and Slavery*, Allain, Jean, 325-44. Leiden-Boston: J. Brill-Nijhoff, 2015.
- \_\_\_\_\_. "When Forced Marriage is Slavery". En *The Law and Slavery*, Allain, Jean, 466-74. Leiden-Boston: J. Brill-Nijhoff, 2015.
- \_\_\_\_\_. "White Slave Traffic in International Law". *Journal of Trafficking and Human Exploitation* 1(2017): 1-40. <https://www.researchgate.net/publication/307937864> [Consultado el 20 de julio de 2017].
- Allain, Jean and Kevin Bales. "Slavery and Its Definition". *Global Dialogue* 14, No 2 (Summer/Autumn 2012) *Queen's University Belfast Law Research*, Paper No. 12-06.
- Allain, Jean and Robin Hickey. "Property and the definition of slavery". *International and Comparative Law Quarterly* 61 (4) (2012): 915-38.
- Allain, Jean, Kevin Bales, Annie Bunting, John Cairns *et al.* Bellagio-Harvard Guidelines on de Legal Parameters of Slavery. 2012. <http://www.law.qub.ac.uk/schools/SchoolofLaw/FileStore/Filetoupload,651854,en.pdf> [Consultado 20 de enero de 2017].
- Badia Marti, Anna. "Noción jurídica internacional de la trata de personas, especialmente mujeres y niños". En: *Soberanía del Estado y derecho internacional: Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*. Coords. Marina Vargas Gómez-Urrutia y Ana Salinas de Frías, Vol. 1, 177-198. Universidad de Sevilla, 2005.
- Bales, Kevin. *Disposable People. New Slavery in the Global Economy*. Berkeley-Los Angeles- London: University of California Press, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Understanding Global Slavery: A reader*. Berkeley-Los Ángeles-London: University of California Press, 2005.
- \_\_\_\_\_. "What predicts human trafficking". *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, 31 (2007): 269-79.

- \_\_\_\_\_. *Ending Slavery. How We Free Today's Slaves*. Berkeley-Los Angeles- London: University of California Press, 2007.
- Bassiouni, M. Cherif. "International Crimes: *Jus cogens* and *obligatio erga omnes*". *Law and Contemporary Problems* 59, No. 4 (1997): 63-74.
- Beck, Dana C., Kristen R. Choi, Michelle L. Munro-Kramer and Jody R. Lori. "Human Trafficking in Ethiopia: A Scoping Review to Identify Gaps in Service Delivery, Research and Policy". *Trauma, Violence & Abuse* (2016/Mar/31).
- Beckman, Marlene D. "The White Slave Traffic Act: The Historical Impact of a Criminal Law Policy on Women". *The Georgetown Law Journal* 72 (1984): 1111-48.
- Berger, Hervé and Hans Van de Glind. *Children in prostitution, pornography and illicit activities in Thailand: magnitude of problems and remedies*. ILO/IPEC, January 1999. [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/documents/publication/wcms\\_bk\\_pb\\_6\\_en.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/documents/publication/wcms_bk_pb_6_en.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].
- Boister, Neil. *An Introduction to Transnational Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Borja Jiménez, Emiliano. "La terminación del delito". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 48, Fasc/Mes 1 (1995): 89-186.
- Bristow, Edward J. *Prostitution and Prejudice. The Jewish Fight against White Slavery 1870-1939*. Oxford: Oxford University Press, 1982.
- Byrnes, Andrew C. and Marsha Freeman. *The Impact of the CEDAW Convention: Paths to Equality*. World Development Report, Gender Equality and Development, 2012. <http://siteresources.worldbank.org/INTWDR2012/Resources/7778105-1299699968583/7786210-1322671773271/Byrnes-and-Freeman-FINAL-18-May-2011-with-acknowledgements.pdf> [Consultado el 20 de julio de 2017].
- Budiani-Saberi, Debra and Sean Column. "A human rights approach to human trafficking for organ removal". *Medicine, Health Care and Philosophy* 16, No 4 (2013): 897-914.
- Bullough, Vern L. and Bonnie Bullough. *Women and Prostitution: A social history*. New York: Prometheus Books, 1987.
- Bunting, Annie. "Forced Marriage in Conflict Situations: Researching and Prosecuting Old Harms and New Crimes". *Canadian Journal of Human Rights* 1:1 (2012):

- 165-85. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2231676](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2231676)  
[Consultado el 20 de julio de 2017].
- Bush, Michael L. *Servitude in modern times*. Cambridge: Polity Press, 2000.
- Cano Linares, M<sup>a</sup> de los Ángeles y Pilar Trinidad Núñez. *Grupos vulnerables y desfavorecidos: Protección contra su explotación laboral*. Dykinson, 2011.
- Cho, Seo-Young. “Modeling for Determinants of Human Trafficking. An Empirical Analysis”. *Social Inclusion* 3, Issue 1 (2015): 2-21
- Christensen, Tyler M. “Trafficking for sexual exploitation: Victim protection in international and domestic asylum law”. *Global Journal on Crime and Criminal Law* 16, No. 2 (2011): 5-46.
- Cohen, Stanley. *Folk Devils and Moral Panics*. London and New York: Routledge Classics, 2011 [1972].
- Colvin, Madeleine and Jonathan Cooper. *Human Rights in the Investigation and Prosecution of Crime*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Copelon, Rhonda. “International Human Rights Dimensions of Intimate Violence: Another Strand in the Dialectic of Feminist Lawmaking. *Journal of Gender, Social Policy & the Law* 11, Issue 2 (2003): 865- 76.
- Costa, Jean Paul, Françoise Tulkens, The Baroness Hale of Richmond, Jan Erik Helgesen, Antoine Garapon and António Guterres. *Dialogue between judges, What are the limits to the evolutive interpretation of the Convention?* Strasbourg: European Court of Human Rights, 2011.  
[http://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue\\_2011\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2011_ENG.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].
- Cullen, Holly. “Siliadin v France: Positive Obligations under Article 4 of the European Convention on Human Rights”. *Human Rights Law Review* 6 (2006): 585-92.
- \_\_\_\_\_. “Contemporary International Legal Norms on Slavery: Problems of Judicial Interpretation and Application”. En *The legal Understanding of Slavery: From the Historical to the Contemporary*, ed. Jean Allain, 304-321. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Dempsey, Michelle Madden, Carolyn Hoyle and Mary Bosworth. “Defining sex trafficking in international and domestic law: Mind the gaps”. *Emory International Law Review* 26 (2012): 137-62.
- De Schutter, Olivier. *International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary*, 2<sup>nd</sup> ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

- Di Nicola, Andrea, Andrea Cauduro, Marco Lombardi and Paolo Ruspini, P. Eds. *Prostitution and Human Trafficking: Focus on Clients*. New York: Springer-Verlag, 2009.
- Díez Peralta, Eva. “Los derechos de la mujer en el Derecho internacional”. *Revista española de derecho internacional* 63, Nº 2 (2011): 87-121.
- Diffie, Christopher. “Sex and the City: The White Slavery Scare and Social Governance in the Progressive Era”. *American Quarterly* 57, No. 2 (Jun., 2005): 411-37.
- Dimitrova, Kamelia, Slavyanka Ivanova and Yva Alexandrova. *Child trafficking among vulnerable roma communities*. Sofia, Bulgaria: Center for the study of democracy, 2015.
- Doezema, Jo. “Loose Women or Lost Women? The Re-emergence of the Myth of White Slavery in Contemporary Discourses of Trafficking in Women”. *Gender Issues* 18, Issue 1(December 1999): 23-50.
- Donoho, Douglas. “Human Rights Enforcement in the Twenty-First Century”. *Georgia Journal of International and Comparative Law* 35-1 (2006).
- Dröge, Cordula. *Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention*. En Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Band 159. Berlin-Heidelberg: Springer-Verlag, 2003.
- Drzemczewski, Andrew. “The European Human Rights Convention: Time for a Radical Overhaul?” *Boston College International and Comparative Law Review* 10, Issue I, Article 3 (12-I-1987): 9-15.  
<http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1466&context=iclr> [Consultado el 20 de julio de 2017].
- \_\_\_\_\_. “The European Human Rights Convention: Protocol No. 11. Entry into force and first year of application. Strasbourg, 16 November 1999”. *Documentação e Direito Comparado* 79/80 (1999): 219-67.  
<http://www.corteidh.or.cr/tablas/13600.pdf> [Consultado el 20 de julio de 2017].
- Einarsdóttir, Jónína and Hamadou Boiro. “The Palermo Protocol: Trafficking takes it All”. *Icelandic Review of Politics and Administration* 10, Issue 2 (2014): 385-96.
- Farrell, Amy, Jack McDevitt and Stephanie Fahy. “Where are all the victims? Understanding the determinants of official identification of human trafficking incidents”. *Criminology & Public Policy* 9, Issue 2 (2010): 201-33.

- Fernández Liesa, Carlos R. *El derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*. Madrid: Civitas, Thomson Reuters, 2013.
- Fitzpatrick, Joan. "Trafficking as a human rights violation: The complex intersection of legal frameworks for conceptualizing and combating trafficking". *Michigan Journal of International Law* 24 Issue 4 (2003): 1143-67.
- Freedman, Rosa. *Human Rights protection: Ought the United Nations to have an increasing or diminishing role?* Cicero Foundation Great Debate Paper No. 14/06, Paris-Maastricht, 2014. [http://www.cicerofoundation.org/lectures/Rosa\\_Freedman\\_Human\\_Rights\\_Protection.pdf](http://www.cicerofoundation.org/lectures/Rosa_Freedman_Human_Rights_Protection.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].
- Gallagher, Anne T. "Using International Human Rights Law to Better Protect Victims of Trafficking: The Prohibitions on Slavery, Servitude, Forced Labor, and Debt Bondage". En *The Theory and Practice of International Criminal Law: Essays in Honour of M. Cherif Bassiouni*, eds. Leila N. Sadat and Michael P. Scharf, 397-430. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- \_\_\_\_\_. "Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis". *Human Rights Quarterly* 23, N° 4 (2001): 975- 1004.
- \_\_\_\_\_. *The International Law of Human Trafficking*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- Gallagher, Anne T. and Fiona David. *The International Law of Migrant Smuggling*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- Gallagher, Anne T. and Marika McAdam. *The role of consent in the Trafficking in Persons Protocol*. Vienna: UNODC, Issue Paper, 2014. [https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2014/UNODC\\_2014\\_Issue\\_Paper\\_Consent.pdf](https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2014/UNODC_2014_Issue_Paper_Consent.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].
- García Marbella, Angélica y Elías García Rosas. "La trata de personas en la modalidad de trabajo infantil". *Revista de Derecho, Universidad del Norte* 47 (2017): 310-38.
- García Sedano, Tania. "El delito de trata de seres humanos con finalidad de matrimonio forzoso en el ordenamiento jurídico español". *Anuario de Derechos Humanos* 12 (2016): 85-101.

- Gibbons, Judith L. "Human Trafficking and Intercountry Adoption". *Women & Therapy* 40, Nos.1-2 (2017): 170-89. <http://dx.doi.org/10.1080/02703149.2016.1210965> [Consultado el 20 de julio de 2017].
- Guild, Elspeth, Beate Andrees, and Mariska van der. Linden. *Human Trafficking and Forced Labour Exploitation. Guidelines for Legislation and Law Enforcement*. Geneva: ILO, 2005. [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---declaration/documents/publication/wcms\\_081999.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_081999.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].
- Gimenez, Dr. Ángel M. *Represión de la trata de blancas. Proyecto de ley presentado en la Sesión del 20 de Junio de 1917 por el diputado socialista Dr. Ángel M. Gimenez*". Buenos Aires: Talleres Gráficos L. J. Rosso y Cía, 1917.
- Gómez Isa, Felipe. "La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y su Protocolo Facultativo". En *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del S. XXI*. Eds. Felipe Gómez Isa (Dir.) y José Manuel Pureza, 279-308. Bilbao: Universidad de Deusto, 2004.
- \_\_\_\_\_. "The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women and its Optional Protocol". En *International Protection of Human Rights: Achievements and Challenges*, Eds. Felipe Gómez Isa and Koen de Feyter, 217-248. Bilbao: University of Deusto, 2006.
- Heaton, Clive, Louise McCallum and Razia Jogi. *Forced Marriage: A Special Bulletin*. Bristol: Family Law, Jordan Publishing Limited, 2009.
- Helmersen, Sondre Torp. "Evolutive Treaty Interpretation: Legality, Semantics and Distinctions". *European Journal of Legal Studies* 6, Issue 1 (Spring/Summer 2013): 127-48.
- Jain, Neha. "Forced Marriage as a Crime against Humanity: Problems of Definition and Prosecution", *Journal of International Criminal Justice* 6, No 5 (2008): 1013-32. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqn064> [Consultado el 20 de julio de 2017].
- Kangaspunta, Kristiina. "Measuring the Immeasurable: Can the severity of human trafficking be ranked?" *Criminology & Public Policy* 9, Issue 2 (2010): 257-65.
- Keire, Mara L. "The Vice Trust: A Reinterpretation of the White Slavery Scare in the United States, 1907-1917". *Journal of Social History* 35, No. 1 (2001): 5-41. <http://www.jstor.org/stable/3789262> [Consultado el 20 de julio de 2017].

- Kelemen, Katalin, and Märta C. Johansson. "Still Neglecting the Demand that Fuels Human Trafficking: A Study Comparing the Criminal Laws and Practice of Five European States on Human Trafficking, Purchasing Sex from Trafficked Adults and from Minors". *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 21, Issue 3-4 (2013): 247-89.
- Knepper, Paul. *The Invention of International Crime: A Global Issue in the Making, 1881-1914*. UK: Palgrave Macmillan, 2010.
- Knott, Lukas. "UNOCAL Revisited: On the Difference Between Slavery and Forced Labor in International Law". *Wisconsin International Law Journal*, 28 (2010): 201-33.
- Lavrysen, Laurens. "Protection by the Law: The Positive Obligation to Develop a Legal Framework to Adequately Protect ECHR Rights". En *Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century*, coords. Yves Haeck and Eva Brems. *Ius Gentium. Comparative perspectives on law and justice. Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century* 30, 69-129. Springer Netherlands, 2014.
- Leon, Lucy and Phil Raws. *Boys Don't Cry. Improving identification and disclosure of sexual exploitation among boys and young men trafficked to the UK*. UK: The Children's Society, March 2016. <http://www.childrenssociety.org.uk/sites/default/files/boys-and-trafficking-report-lowres-pcr059.pdf> [Consultado el 20 de julio de 2017].
- Letsas, George. *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*. New York: Oxford University Press, 2007.
- \_\_\_\_\_. *The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and Legitimacy*. Cambridge University Press: 2012. <http://ssrn.com/abstract=2021836> [Consultado el 20 de julio de 2017].
- Levine, Philippa. "The White Slave Trade and the British Empire". En *Crime, Gender, and Sexuality in Criminal Prosecutions*, edited by Louis A. Knafla, *Criminal Justice History* 17: 133-46. Westport. Conn. London: Greenwood Press, 2002.
- Logar, Tea. "Exploitation as Wrongful Use: Beyond Taking Advantage of Vulnerabilities". *Acta Analytica* 25, Issue 3 (2010): 329-46.
- Lois Estévez, José. "Sobre el concepto de naturaleza jurídica". *Anuario de Filosofía del Derecho* 4 (1956): 159-82.
- López Guerra, Luis. "El sistema europeo de protección de los derechos humanos". En: *Protección multinivel de derechos humanos*, coords. George Bandeira Galindo,



- R., René Urueña y Aida Torres Pérez, 165-186. Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013. [https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/PMDH\\_Manual.pdf](https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/PMDH_Manual.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].
- Lyneham, Samantha. "Forced and servile marriage in the context of human trafficking". Australian Government & Australian Institute of Criminology, *Research in Practice*, No. 32 (March 2013). [http://www.aic.gov.au/media\\_library/publications/rip/rip32/rip32.pdf](http://www.aic.gov.au/media_library/publications/rip/rip32/rip32.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].
- Mantouvalou, Virginia. "Servitude and Forced Labour in the 21<sup>st</sup> Century: The Human Rights of Domestic Workers". *Industrial Law Journal* 35, No. 4 (December 2006): 395-414.
- Manero Salvador, Ana M<sup>a</sup>. "Medidas internacionales de represión de la trata de mujeres. El caso de España". En *Feminicidio: el fin de la impunidad*, dir. Fernando M. Mariño, 471-88. Tirant lo Blanch, S.L., 2012.
- Marion, Dana L. *Unlocking the Roots of Stigma Towards Victims of Trafficking in Albania*. Capstone Collection, Paper 2491, 2012. <http://digitalcollections.sit.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3522&context=capstones> [Consultado el 20 de julio de 2017].
- Márquez Carrasco, María del Carmen. "Los derechos humanos de las mujeres y la justicia internacional penal". En *Investigación y género: avance en las distintas áreas del conocimiento: I Congreso Universitario Andaluz "Investigación y Género"*, Sevilla, 17 y 18 de junio 2009, coord. Isabel Vázquez Bermúdez, 717-34. Universidad de Sevilla, 2009.
- Mattar, Mohamed. "Interview: Committee on the Elimination of Discrimination against Women". *The Protection Project, Journal of Human Rights and Civil Society*, Issue 5 (Fall 2012): 113-30. [http://www.protectionproject.org/wp-content/uploads/2012/11/TPP-J-HR-Civ-Soc\\_Vol-5\\_2012-w-cover.pdf](http://www.protectionproject.org/wp-content/uploads/2012/11/TPP-J-HR-Civ-Soc_Vol-5_2012-w-cover.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].
- Mayer, Robert. "What's wrong with Exploitation?" *Journal of Applied Philosophy* 24, No. 2 (2007): 137- 50.
- McKeever, David. "Evolving interpretation of Multilateral Treaties: 'Acts Contrary to the Purposes and Principles of the United Nations' in the Refugee Convention". *International and Comparative Law Quarterly* 64 (2015): 405-44.

- [http://journals.cambridge.org/abstract\\_S0020589315000032](http://journals.cambridge.org/abstract_S0020589315000032) [Consultado el 20 de julio de 2017].
- McNeil, Joanne. "The *White Slavery Panic*". *Reason Magazine* 39 (April 2008).
- Medina Cuenca, Arnel. Coord. *Migraciones internacionales, tráfico y trata de seres humanos. Una visión desde Cuba*. La Habana: UNIJURIS, 2015.
- Mena Martínez, Luis. "Los números de la trata de personas en España", *Documentación Social: Revista de Estudios Sociales y Sociología Aplicada* 159 (2010): 151-68.  
<http://www.caritas.es/imagesrepository/CapitulosPublicaciones/2538/10-%20LOS%20N%C3%9AMEROS%20DE%20LA%20TRATA%20DE%20PERSONAS%20EN%20ESPA%C3%91A.pdf> [Consultado el 20 de julio de 2017].
- Merino Sancho, Víctor M. "Tensiones entre el proceso de especificación de los derechos humanos y el principio de igualdad respecto a los derechos de las mujeres en el marco internacional". *Derechos y Libertades* 27, Época II (junio 2012): 327-63.
- Mowbray, Alastair. *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*. Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing, 2004.
- Moya Guillem, Clara. "Los delitos de trata de seres humanos en España y Chile. Bien jurídico protegido y relaciones concursales". *Política criminal* 11, N° 22 (Diciembre 2016): 521-47.
- Nadelmann, Ethan A. "Global Prohibition Regimes: The Evolution of Norms in International Society". *International Organization* 44, No. 4 (1990): 479-526.
- Nuño Gómez, Laura. "La trata de seres humanos con fines de explotación sexual: propuestas para un cambio de paradigma en la orientación de las políticas públicas". *Revista de Derecho Político* 98 (2017): 159-87.
- Obokata, Tom. *Trafficking of Human Beings from a Human Rights Perspective: Towards a Holistic Approach*. International Studies in Human Rights. Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
- Ovey, Clare and Robin White. *Jacobs & White: The European Convention on Human Rights*, 4ª ed. New York: Oxford University Press Inc, 2006.
- Pastor Ridruejo, José Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Madrid: Tecnos, 2001.
- Pearson, Elaine. *The Mekong Challenge- Human Trafficking: Redefining Demand*. Bangkok: ILO, 2005.

- Peces-Barba Martínez, Gregorio, Rafael De Asís Roig, Carlos Fernández Liesa, y Ángel Llamas Cascón. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1995.
- Pérez González, Carmen. “El Convenio Europeo relativo a la lucha contra la trata de seres humanos y la aplicación entre los Estados Miembros de la Unión Europea de los instrumentos propios de esta organización: consideraciones jurídicas en torno a la denominada cláusula de desconexión”. En *La obra jurídica del Consejo de Europa (en conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa)*, coord. Pablo A. Fernández Sánchez, 423-438. Sevilla: Gandulfo, 2010.
- \_\_\_\_\_. “La protección de los menores víctimas de la trata de seres humanos: algunas precisiones en torno al principio de diligencia debida”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* 35 (2014): 67-80.
- Planitzer, Julia. “GRETA’s First Years of Work: Review of the monitoring of implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings”. *The Anti-Trafficking Review*, Issue 1 (2012): 31-42.
- Popović, Dragoljub. *European Human Rights Law - A Manual. An Introduction to the Strasbourg Court and its Jurisprudence*. Netherlands: Eleven International Publishing, 2013.
- Quindimil López, Jorge A. "The United Nations and the fight against transnational organised crime: The application of the Palermo Protocol to the smuggling of migrants by sea". En *Sûreté maritime et violence en mer*, dir. José M. Sobrino Heredia, 115-30. Bruxelles: Ed. Bruylant – Ed. de l’Université de Bruxelles 2011.
- Quirk, Joel Forbes. “The Anti-Slavery Project: Linking the Historical and Contemporary”. *Human Rights Quarterly* 28, 3 (2006): 565-98.
- Roby, Jini L. and Taylor Brown. “Birthmothers as victims of human trafficking in intercountry adoption”. En *The intercountry adoption debate: Dialogues across disciplines*, Eds. Robert. L. Ballard, Naomi. H. Goodno, Robert F. Cochran, and Jay A. Milbrandt, 303–328. Newcastle upon Tyne-UK: Cambridge Scholars Publishing, 2015.
- Rodríguez García, Magaly. “The League of Nations and the Moral Recruitment of Women”. *Review of Social History* 57, nº S20 (2012): 97- 128.

- Rosenberg, Ruth. "Trafficking of adult men in the Europe and Eurasia Region. Final Report", *The Social Transition Series* USAID, July 2010. [http://pdf.usaid.gov/pdf\\_Docs/Pnadw368.pdf](http://pdf.usaid.gov/pdf_Docs/Pnadw368.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].
- Roth, Venla. *Defining Human Trafficking and Identifying Its Victims: A Study on the Impact and Future Challenges of International, European and Finish Legal Responses to Prostitution-Related Trafficking in Human Beings*. Leiden – Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2012.
- Sacco Studnicka, Andrea Cirineo. "Corruption and Human Trafficking in Brazil: Findings from a Multi-Modal Approach". *European Journal of Criminology*, 7(1) (2010/Jan/5): 29-43.
- Sánchez-Covisa Villa, Joaquín. "El delito de trata de seres humanos. Análisis del Artículo 177bis CP". *Cuadernos de la Guardia Civil* 52 (2016): 36-51. [http://intranet.bibliotecasgc.bage.es/intranet-tmpl/prog/local\\_repository/documents/17743.pdf](http://intranet.bibliotecasgc.bage.es/intranet-tmpl/prog/local_repository/documents/17743.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].
- Saunders, Pammela Q. "The integrated enforcement of Human Rights", *International Law and Politics* 45, No 1 (2012): 97-174.
- Scarpa, Silvia. *Trafficking in Human Beings: Modern Slavery*. New York: Oxford University Press, 2008.
- Scharf Michael P. and Suzanne Mattler. "Forced Marriage: Exploring the Viability of the Special Court for Sierra Leone's New Crime Against Humanity". *Case Research Paper Series in Legal Studies, Working Paper* 05-35 (October 2005). [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=824291](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=824291) [Consultado el 20 de julio de 2017].
- Scott, Rebecca J. "Under Color of Law: Siliadin v. France and the Dynamics of Enslavement in Historical Perspective". En *The legal Understanding of Slavery: From the Historical to the Contemporary*, ed. Jean Allain, 152-64. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Sepúlveda Carmona, M. Magdalena. *The nature of the Obligations Under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. Antwerpen-Oxford-New York: Intersentia, 2003.
- Shelton, Dinah L., ed. *Advanced Introduction to International Human Rights Law*. UK/USA: Edward Elgar, 2014.

- Scheper-Hughes, Nancy. "The Ends of the Body-Commodity Fetishism and the Global Traffic in Organs". *Sais Review* 22, No 1 (2002): 61-80. [http://web.mit.edu/writing/2010/June/Scheper-Hughes\\_endsofthebody.pdf](http://web.mit.edu/writing/2010/June/Scheper-Hughes_endsofthebody.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].
- \_\_\_\_\_. "Keeping an eye on the global traffic in human organs". *The Lancet* 361, No 9369 (2003): 1645-48. [http://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736\(03\)13305-3.pdf](http://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736(03)13305-3.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].
- Simmons, Frances. and Jennifer Burn. "Without consent: Forced Marriage in Australia". *Melbourne University Law Review* 36 (2013): 970-1008. [http://www.mulr.com.au/issues/36\\_3/36\\_3\\_5.pdf](http://www.mulr.com.au/issues/36_3/36_3_5.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].
- Smolin, David M. "Intercountry Adoption as Child Trafficking". *Valparaiso University Law Review* 39, No. 2 (winter 2004): 281-325. [https://works.bepress.com/david\\_smolin/3/](https://works.bepress.com/david_smolin/3/) [Consultado el 20 de julio de 2017].
- \_\_\_\_\_. "Child Laundering as exploitation: Applying anti-trafficking norms to intercountry adoption under the coming Hague Regime". *Vermont Law Review* 32-1 (2007): 1-55. [http://works.bepress.com/david\\_smolin/6/](http://works.bepress.com/david_smolin/6/) [Consultado el 20 de julio de 2017].
- Stauter-Halsted, Keely. "Moral Panic and the Prostitute in Partitioned Poland: Middle-Class Respectability in Defense of the Modern Nation". *Slavic Review* 68, No. 3 (2009): 557-581. <http://www.jstor.org/stable/25621657> [Consultado el 20 de julio de 2017].
- Stoyanova, Vladislava. "Dancing on the borders of Article 4: Human trafficking and the European Court of Human Rights in the *Rantsev* Case". *Netherlands Quarterly of Human Rights* 30/2 (2012): 163-94.
- Sudre, Frédéric. "Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme". *Revue trimestrielle des Droits de l'homme* (1995). <http://www.rtdh.eu/pdf/1995363.pdf> [Consultado el 20 de julio de 2017].
- Surtees, Rebecca. *Trafficking of men- a trend less considered. The case of Belarus and Ukraine*. Migration Research Series No. 36, Geneva: IOM, 2008. [http://publications.iom.int/system/files/pdf/mrs\\_36.pdf](http://publications.iom.int/system/files/pdf/mrs_36.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].
- \_\_\_\_\_. *In African waters. The trafficking of Cambodian fishers in South Africa*. Geneva-Washington: International Organization for Migration, Nexus Institute,

2014. [http://publications.iom.int/system/files/pdf/nexus\\_africanwaters\\_web.pdf](http://publications.iom.int/system/files/pdf/nexus_africanwaters_web.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].
- Tomlinson, Hugh QC. *Positive obligations under the European Convention of Human Rights*. 2012. <http://www.adminlaw.org.uk/docs/SC%202012%20by%20Tomlinson%20QC.docx> [Consultado el 20 de julio de 2017].
- Torrado Martín-Palomino, Esther. “The necessity of reconceptualizing the migration of unaccompanied minors to the Canary Islands of Spain”. *Estudios Fronterizos*, nueva época, 16, núm. 32 (julio-diciembre 2015):11-39.
- Toy-Cronin, Bridgette. “What is forced marriage? Towards a definition of forced marriage as a crime against humanity”. *Columbia Journal of Gender and Law* 19: 2 (2010): 539-90.
- Trinidad Núñez, Pilar. “¿Qué es un niño? Una visión desde el Derecho Internacional Público”. *Revista Española de Educación Comparada* 9 (2003): 13-47.
- Valdman, Mikhail. “A Theory of Wrongful Exploitation”. *Philosophers’ Imprint* 9, No. 6 (July 2009): 1-14. <http://quod.lib.umich.edu/cgi/p/pod/dod-idx/theory-of-wrongful-exploitation.pdf?c=phimp;idno=3521354.0009.006> [Consultado el 20 de julio de 2017].
- Van de Glind, Hans and Claudia Coenjaerts. *Combating trafficking in children for labour exploitation in the Mekong sub-region: a proposed framework for ILO-IPEC action and proceedings of a Mekong sub-regional consultation*. ILO/IPEC, January 1998. [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/documents/publication/wcms\\_bk\\_pb\\_3\\_en.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/documents/publication/wcms_bk_pb_3_en.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].
- Vijayarasa, Ramona and José Miguel Bello y Villarino. “Modern-Day Slavery? A Judicial Catchall for Trafficking, Slavery and Labour Exploitation: A Critique of Tang and Rantsev”. *Journal of International Law and International Relations* 8 (2012): 36-61.
- Walby, Sylvia, Birgit Apitzsch, Jo Armstrong, Sudie Balderston, Karolina Follis, Brian Francis, Liz Kelly, Corine May-Chahal, Awais Rashid, Karen Shire, Jude Towers and Markus. Tunte. *Study on the gender dimension of trafficking in human beings- Final Report*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016. <http://ec.europa.eu/anti->

- trafficking/sites/antitrafficking/files/study\_on\_the\_gender\_dimension\_of\_traffic\_king\_in\_human\_beings\_final\_report.pdf [Consultado el 20 de julio de 2017].
- Warren, Paul. "Exploitation". *Encyclopedia of Global Justice*. Springer Netherlands (2011): 328-30.
- Weissbrodt David S. and Anti-Slavery International. *Abolishing Slavery and its Contemporary Forms*. New York-Geneva: OHCHR, UN, 2002. (HR/PUB/02/4). <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/slaveryen.pdf> [Consultado el 20 de julio de 2017].
- Weitzer, Ronald. "Legalizing Prostitution. From illicit vice to lawful business". New York: New York University Press, 2012.
- Welch, Claude. "Defining Contemporary Forms of Slavery: Updating a Venerable NGO". *Human Rights Quarterly* 31 (2009): 70-128.
- Wertheimer, Alan. *Exploitation*. Princeton-New Jersey: Princeton University Press, 1996.
- Wildhaber, Luzius. "The European Court of Human Rights: The Past, The Present, The Future". *American University International Law Review* 22, No 4 (2007): 521-38.
- Wood, Allen. "Unjust exploitation". *The Southern Journal of Philosophy* 54, No S1 (2016): 92-108.
- Wong, Wendy H. "Is Trafficking Slavery? Anti-Slavery International in the Twenty-first Century". *Human Rights Review* 12, No 3 (2011): 315-28.
- Zellick, Graham. "Corporal Punishment in the Isle of Man". *International and Comparative Law Quarterly* 27, Issue 3 (Jul.1978): 665-71.

## Tratados, Conferencias, Declaraciones y Legislaciones Internacionales

- International Congress on The White Slave Trade: Transactions of the International Congress on the White Slave Trade, Held in London on the 21st, 22nd and 23rd of June, 1899, at the Invitation of the National Vigilance Association*. Wertheimer, Lea and Company, 1899.
- Conférence Internationale pour la Répression de la Traite des Blanches*, 1902. Documents Diplomatiques, Ministère des affaires étrangères.

*International Agreement for the Suppression of the “White Slave Traffic”*. Paris, 18 May 1904. Reg. LA 41 TR-07091920 - (VII-8) - LoN - 11.

*Deuxième Conférence Internationale pour la Répression de la Traite des Blanches*. 18 avril – 14 mai 1910. Documents Diplomatiques, Ministère des Affaires étrangères. Reg. LA 41 TR-01011888 - (VII-10) - LoN – 8.

*International Convention for the Suppression of the White Slave Traffic*. Paris, 4 May 1910. [https://treaties.un.org/Doc/Treaties/1888/01/18880101%2006-01%20AM/Ch\\_VII\\_10p.pdf](https://treaties.un.org/Doc/Treaties/1888/01/18880101%2006-01%20AM/Ch_VII_10p.pdf)

*Treaty of Peace with Germany (Treaty of Versailles)*. Treaty and protocol signed at Versailles, June 28, 1919; protocol signed by Germany at Paris, January 10 1920.

*International Convention for the Suppression of the Traffic in Women and Children*. Geneva, 30 September 1921. Entry into force: 15 June 1922. Reg. LA 41 TR-30091921 - (VII-3) - LoN - 269, LNTS 9.

*Slavery Convention*. Geneva, 25 September 1926. Entry into force: 9 March 1927, in accordance with article 12. Reg. LA 41 TR-25091926 - (XVIII-3) - LoN - 1414. LNTS 60.

*Convention (No. 29) concerning Forced or Compulsory Labour*. ILO. Geneva, 28 June 1930. Entry into force: 1 May 1932. (C029). Reg. No 612. UNTS 39.

*International Convention for the Suppression of the Traffic in women of Full Age*. Geneva, 11 October 1933. Reg. LA 41 TR-11101933 - (VII-5) - LoN - 3476, LNTS 150.

*The Universal Declaration of Human Rights*. Res. 217A (III). Paris, 10 December 1948. (UN Doc. A/810).

*Statute of the Council of Europe*, London 5 May 1949. ETS, No 1.

*Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others*. Res. 317 (IV), 2 December 1949. Entry into force: 25 July 1951, in accordance with article 24. Reg. No 1342. UNTS 96.

*The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. Roma, 4 November 1950. Entry into force: 3 September 1953. Reg. No 2889. UNTS 213.

*Convention relating to the status of refugees*. Geneva, 28 July 1951. Entry into force: 22 April 1954. Reg. No 2545. UNTS 189.



*Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery.* Geneva, 7 September 1956. Entry into force: 30 April 1957. Reg. No 3822. UNTS 266.

*Convention (No. 105) concerning the abolition of forced labour.* ILO. Geneva, 25 June 1957. Entry into force: 17 January 1959. (C105). Reg. No 4648. UNTS 320.

*Convention on Consent to Marriage, Minimum Age for Marriage and Registration of Marriages.* 10 December 1962. Entry into force: 9 December 1964. Reg. No 7525. UNTS 521.

*International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR).* 16 December 1966. Entry into force: 23 March 1976. Reg. No 14668. UNTS 999.

*Vienna Convention on the Law of Treaties.* Concluded at Vienna on 23 May 1969. Entry into force: 27 January 1980. (CV69). UNTS 1155-I-18232.

*American Convention on Human Rights, "Pact of San Jose".* 22 November 1969. Organization of American States (OAS).

*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women.* Res. 34/18018 December 1979, (UN Doc. A/RES/34/180); Entry into force: 3 September 1981 Res.36/131, (UN Doc. A/RES/36/131). Reg. No 20378. UNTS 1249.

*Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.* Res. 39/46, 10 December 1984. Entry into force: 26 June 1987, in accordance with article 27 (1). Reg. No 24841. UN vol. 1465-I-24841.

*Convention on the Rights of the Child.* 20 November 1989. Entry into force: 2 September 1990. (CRC). Reg. No 27531. UNTS 1577.

*Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption.* The Hague Conference on Private Law, The Hague 29 May 1993. Entry into force: 1 May 1995.

*World Conference on Human Rights. Vienna Declaration and Programme of Action.* Vienna, 14-25 June 1993, (UN Doc. A/CONF.157/23).

*Report of the World Conference on Human Rights, (Report of the Secretary-General).* Vienna, 13 October 1993 (Part I), (UN Doc. A/CONF.157/24).

*Convención Interamericana sobre el Tráfico Internacional de Menores.* México, 18 de marzo de 1994.

*Report of the International Conference on Population and Development.* Cairo, 5-13 September 1994, (UN Doc. A/CONF.171/13/Rev.1).

*Report of the World Summit for Social Development.* Copenhagen, 6-12 March 1995, (UN Doc. A/CONF.166/9).

*Report of the Fourth World Conference on Women.* Beijing, 4- 15 September 1995, (UN Doc. A/CONF.177/20/Rev.1).

*Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine.* Oviedo, 4 April 1997. COE. ETS 164.

*Convention (No. 182) concerning the Prohibition and Immediate Action for the Elimination of the Worst Forms of Child Labour.* ILO, Geneva, 17 June 1999. Entry into force: 19 November 2000. (C182). Reg. No 37245. UNTS 2133.

*Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography.* 25 May 2000. Entry into force: 18 January 2002. Reg. No 27531. UNTS 2171.

*United Nations Convention against Transnational Organized Crime.* 15 November 2000. Entry into force: 29 September 2003. Reg. No 39574. UNTS 2225.

*Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime.* 15 November 2000. Entry into force: 28 January 2004. Reg. No 39574. UNTS 2241.

*Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime.* “Palermo Convention”. 15 November 2000. Entry into force: 25 December 2003. Reg. No 39574. UNTS 2237.

*Charter of Fundamental Rights of the European Union.* Nice, 7 December 2000 (2000/C 364/01).

*Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin.* Strasbourg, 24 January 2002. Entry into force: 1 May 2006. Reg. No 37266. COE. ETS 186.

*Convention on Preventing and Combating Trafficking in Women and Children for Prostitution.* Kathmandu, 2002. South Asian Association for Regional Cooperation (SAARC).

*Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa* 2003.

*Arab Charter on Human Rights.* 2004

*Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, Warsaw, 16.V.2005. COE. CETS No.197.

*Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA*. EU. Official Journal of the European Union, 15.4.2011, L 101/1.

*Protocol of 2014 to the Forced Labour Convention, 1930*. ILO. Geneva, 11 June 2014. Entry into force: 9 November 2016. (P029).

*Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs*. Santiago de Compostela, 25 March 2015. COE. CETS No. 216.

## Documentos asociados a los tratados internacionales

### Documentos de órganos de vigilancia de los tratados

#### De vigilancia del Protocolo contra la Trata (Protocolo de Palermo)

U.N. Conference of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime. *Report of the Conference of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime on its first session, held in Vienna from 28 June to 8 July 2004*. First Session, Vienna, 28 June-8 July 2004, (UN Doc. CTOC/COP/2004/6).

\_\_\_\_\_. *Implementation of the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*. Second session, Vienna, 10-21 October 2005, (UN Doc. CTOC/COP/2005/3).

\_\_\_\_\_. *Report of the Conference of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime on its fourth session, held in Vienna from 8 to 17 October 2008*. (UN Doc. CTOC/COP/2008/19).

U.N. Conference of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime. Working Group on Trafficking in Persons. *Victims of trafficking in persons, with particular emphasis on identification*. Vienna, 10-12 October 2011, (UN Doc. CTOC/COP/WG.4/2011/4).

- \_\_\_\_\_. *Trafficking in persons for the purpose of removal of organs Trafficking in persons for the purpose of removal of organs*. Vienna, 10-12 October 2011 (CTOC/COP/WG.4/2011/2).
- \_\_\_\_\_. *Key concepts of the Trafficking in Persons Protocol, with a focus on the United Nations Office on Drugs and Crime issue papers on abuse of a position of vulnerability, consent and exploitation*. Vienna, 16-18 November 2015, (UN Doc. CTOC/COP/WG.4/2015/4).

#### De vigilancia de la CEDAW

- U.N. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. Committee on the Elimination of Discrimination against Women. Communication No. 15/2007, *Ms. Zhen Zhen Zheng v. The Netherlands*. 20 October-7 November 2008, (UN Doc. CEDAW/C/42/D/15/2007).
- \_\_\_\_\_. Communication No. 39/2012, *N. v. The Netherlands*. 10-28 February 2014, (UN Doc. CEDAW/C/57/D/39/2012).
- \_\_\_\_\_. *Concluding Observations CEDAW, Bahamas*. 9-27 July 2012, (UN Doc. CEDAW/C/BHS/CO/1-5).
- \_\_\_\_\_. *Concluding Observations CEDAW, Bulgaria*. Fifty-second session, 9-27 July 2012, (UN Doc. CEDAW/C/BGR/CO/4-7).
- \_\_\_\_\_. *Concluding Observations CEDAW, Indonesia*. 9-27 July 2012, (UN Doc. CEDAW/C/IDN/CO/6-7).
- \_\_\_\_\_. *Concluding Observations CEDAW, Jamaica*. 9-27 July 2012, (UN Doc. CEDAW/C/JAM/CO/6-7).
- \_\_\_\_\_. *Concluding Observations CEDAW, Mexico*. 9-27 July 2012, (UN Doc. CEDAW/C/MEX/CO/7-8).
- \_\_\_\_\_. *Concluding Observations CEDAW, New Zealand*. 9-27 July 2012, (UN Doc. CEDAW/C/NZL/CO/7).
- \_\_\_\_\_. *Concluding Observations CEDAW, Samoa*. 9-27 July 2012, (UN Doc. CEDAW/C/WSM/CO/4-5).
- \_\_\_\_\_. *Concluding observations on the combined seventh and eighth periodic reports of Cuba*. 30 July 2013, (UN Doc. CEDAW/C/CUB/CO/7-8).
- \_\_\_\_\_. *Concluding Observations on the seventh periodic report, Finland*. 10 March 2014, (UN Doc. CEDAW/C/FIN/CO/7).

- \_\_\_\_\_. *Concluding observations on the combined seventh and eighth periodic report of Spain*. 29 July 2015, (UN Doc. CEDAW/C/ESP/CO/7-8).
- \_\_\_\_\_. *Concluding observations on the combined second and third periodic reports of the United Arab Emirates*. 24 November 2015, (UN Doc. CEDAW/C/ARE/CO/2-3).
- \_\_\_\_\_. *Concluding observations on the combined eighth and ninth periodic reports of Sweden*. 10 March 2016, (UN Doc. CEDAW/C/SWE/CO/8-9).
- \_\_\_\_\_. *Concluding observations on the seventh periodic report of Argentina*. 25 November 2016, (UN Doc. CEDAW/C/ARG/CO/7).
- \_\_\_\_\_. *Concluding observations on the combined eighth and ninth periodic reports of Bhutan*. 25 November 2016, (UN Doc. CEDAW/C/BTN/CO/8-9).
- \_\_\_\_\_. *Concluding observations on the combined initial to third periodic reports of the Federated States of Micronesia*. 9 March 2017, (UN Doc. CEDAW/C/FSM/CO/1-3).
- \_\_\_\_\_. *Concluding observations on the combined seventh and eighth periodic reports of Germany*. 9 March 2017, (UN Doc. CEDAW/C/DEU/CO/7-8).
- \_\_\_\_\_. *Concluding observations on the combined sixth and seventh periodic reports of Ireland*. 9 March 2017, (UN Doc. CEDAW/C/IRL/CO/6-7).
- \_\_\_\_\_. *Concluding observations on the sixth periodic report of Jordan*. 9 March 2017, (UN Doc. CEDAW/C/JOR/CO/6).
- \_\_\_\_\_. *Concluding observations on the combined seventh to ninth periodic reports of Rwanda*. 9 March 2017, (UN Doc. CEDAW/C/RWA/CO/7-9).
- \_\_\_\_\_. *Concluding observations on the eighth periodic report of Ukraine*. 9 March 2017, (CEDAW/C/UKR/CO/8).
- \_\_\_\_\_. *Concluding observations on the seventh periodic report of Costa Rica*. 21 July 2017, (UN Doc. CEDAW/C/CRI/CO/7).
- \_\_\_\_\_. *Concluding Observations on the seventh periodic report of Italia*. 21 July 2017, (UN Doc. CEDAW/C/ITA/CO/R.7).
- \_\_\_\_\_. *Concluding Observations on the second periodic report of Montenegro*. 21 July 2017, (CEDAW/C/MNE/CO/2).
- \_\_\_\_\_. *Concluding Observations on the combined third and fourth periodic reports of Niger*. 21 July 2017, (UN Doc. CEDAW/C/NER/CO/3-4).
- \_\_\_\_\_. *Concluding Observations on the combined seventh and eighth periodic reports of Rumania*. 21 July 2017, (UN Doc. CEDAW/C/ROU/CO/7-8).

\_\_\_\_\_. *Concluding Observations on the combined sixth and seventh periodic reports of Thailandia*. 21 July 2017, (UN Doc. CEDAW/C/THA/CO/6-7).

\_\_\_\_\_. *Concluding observations on the combined fifth to eighth periodic reports of Barbados*. 24 July 2017, (UN Doc. CEDAW/C/BRB/CO/5-8).

#### De vigilancia del Convenio del Consejo de Europa contra la Trata (Varsovia)

COE. Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings. *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain*. First evaluation round, Strasbourg, GRETA(2013)16.

#### De vigilancia de la Convención contra la Tortura

U.N. Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. Committee against Torture. *Concluding observations on the seventh periodic report of Switzerland*. 7 September 2015, (UN Doc. CAT/C/CHE/CO/7).

#### Travaux préparatoires

##### Travaux de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (VC69)

U.N. International Law Commission. “Second report on the law of treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur”. En *Yearbook of the International Law Commission 1963. Documents of the fifteenth session including the report of the Comission to the General Assambly*, Vol. II. New York: UN, 1964. [http://legal.un.org/ilc/Documentation/english/a\\_cn4\\_156.pdf](http://legal.un.org/ilc/Documentation/english/a_cn4_156.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].

U.N. International Law Comission. “Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries 1966”. En *Yearbook of the International Law Commission 1966. Documents of the second part of the seventeenth session and of the eighteenth session including the report of the Comission to the General Assambly*, Vol. II. New York: UN, 1967. [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1\\_1\\_1966.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_1_1966.pdf) y [http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc\\_1966\\_v2.pdf](http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1966_v2.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].

Travaux del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)

Commission Européenne des Droits de L'Homme. *Travaux préparatoires de l'Article 4 de la Convention*. Document d'information établi par le Secrétariat de la Commission. Strasbourg, 15 Novembre 1962, (DH(62)10). [http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART4-DH\(62\)10-BIL1712017.PDF](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART4-DH(62)10-BIL1712017.PDF) [Consultado el 20 de julio de 2017].

Travaux del Protocolo contra la Trata (Protocolo de Palermo)

U.N. United Nations Office on Drugs and Crime. *Travaux préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*. New York, 2006. [https://www.unodc.org/pdf/ctoccop\\_2006/04-60074\\_ebook-e.pdf](https://www.unodc.org/pdf/ctoccop_2006/04-60074_ebook-e.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].

U.N. General Assembly. *Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime. Draft Protocol to Combat International Trafficking in Women and Children. Supplementary to the United Nations Convention on Transnational Organized Crime. Proposal submitted by the United States of America*. First session, Vienna, 19-29 January 1999, (UN Doc. A/AC.254/4/Add.3).

\_\_\_\_\_. *Draft elements for an agreement on the prevention, suppression and punishment of international trafficking in Women and Children. Supplementary to the Convention against Transnational Organized Crime. Proposal submitted by Argentina*. First session, Vienna, 19-29 January 1999, (UN Doc. A/AC.254/8).

\_\_\_\_\_. *Revised draft Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*. Sixth session, Vienna, 6-17 December 1999, (UN Doc. A/AC.254/4/Add.3/Rev.4).

\_\_\_\_\_. *Revised draft Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Women and Children, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime. Proposal submitted by Argentina and the United States of America*. Second session, Vienna, 8-12 March 1999, (UN Doc. A/AC.254/4/Add.3/Rev.1).

- \_\_\_\_\_. *Proposals and contributions received from Governments*. Second session, Vienna, 8-12 March 1999, (UN Doc. A/AC.254/5/Add.3).
- \_\_\_\_\_. *Revised draft Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children. Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*. Fourth session, Vienna, 28 June-9 July 1999, (UN Doc. A/AC.254/4/Add.3/Rev.2).
- \_\_\_\_\_. *Informal note by the United Nations High Commissioner for Human Rights*. Fourth session, Vienna, 28 June-9 July 1999, (UN Doc. A/AC.254/16).
- \_\_\_\_\_. *Note by the International Labour Organization on the additional legal instrument against trafficking in women and children*. Fourth session, Vienna, 28 June-9 July 1999, (UN Doc. A/AC.254/CRP.14).
- \_\_\_\_\_. *Proposals and contributions received from Governments*. Fifth session, Vienna, 4-15 Oct. 1999, (UN Doc. A/AC.254/5/Add.13).
- \_\_\_\_\_. *Revised draft Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*. Seventh session, Vienna, 17-28 January 2000, (UN Doc. A/AC.254/4/Add.3/Rev.5).
- \_\_\_\_\_. *Revised draft Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*. Ninth session, Vienna, 5-16 June 2000, (UN Doc. A/AC.254/4/Add.3/Rev.6).
- \_\_\_\_\_. *Revised draft Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*. Eleventh session, Vienna, 2-27 October 2000, (UN Doc. A/AC.254/4/Add.3/Rev.7).

#### Travaux del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes

- U.N. General Assembly. *Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime. Draft Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Air and Sea, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*. Fifth session, Vienna, 4-15 October 1999, (UN Doc. A/AC.254/4/Add.1/Rev.2).
- \_\_\_\_\_. *Note by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, the United Nations Children's Fund and the International Organization for*



*Migration on the draft protocols concerning migrant smuggling and trafficking in persons*. Eighth session, 21 February-3 March 2000, (UN Doc. A/AC.254/27).

\_\_\_\_\_. *Revised draft Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Air and Sea, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*. Ninth session, Vienna, 6-12 June 2000, (UN Doc. A/AC.254/4/Add.1/Rev.5).

## Textos que interpretan los contenidos de los tratados

### Notas interpretativas

U.N. General Assembly. *Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime. Report of the Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime on the work of its first to eleventh session. Addendum: Interpretative notes for the official records (travaux préparatoires) of the negotiation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*. 3 November 2000, (UN Doc. A/55/383/Add.1).

### Leyes modelo y guía explicativa

U.N. United Nations Office Drugs and Crime. *Model Law against Trafficking in Persons*. 2009, (V.09-81990 (E)). [https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/UNODC\\_Model\\_Law\\_on\\_Trafficking\\_in\\_Persons.pdf](https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/UNODC_Model_Law_on_Trafficking_in_Persons.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].

\_\_\_\_\_. *Model Law against the Smuggling of Migrants*. New York, 2010. [https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Model\\_Law\\_Smuggling\\_of\\_Migrants\\_10-52715\\_Ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Model_Law_Smuggling_of_Migrants_10-52715_Ebook.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].

\_\_\_\_\_. *Legislative Guides for the Implementation of the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime and the Protocols Thereto*. New York: United Nations, 2004.

### Informes explicativos

Consejo de Europa. *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*. Warsaw 16 May 2005. CETS No. 197.

Consejo de Europa. *Explanatory Report to the Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs* Santiago de Compostela, 25 March 2015 CETS No. 216.

## Informes y otros documentos oficiales de organizaciones internacionales

### Relatores especiales

U.N. General Assembly. *Report of the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children, Joy Ngozi Ezeilo*. . 9 August 2010, (UN Doc. A/65/288).

U.N. General Assembly. *Statement made by the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children to the Third Committee on 25 October 2010 during the sixty-fifth session of the General Assembly*. <http://www.un.org/press/en/2010/gashc3987.Doc.htm> [Consultado el 20 de julio 2017].

U.N. General Assembly. Human Rights Council. *Report of the Special Rapporteur on the human rights aspects of the victims of trafficking in persons, especially women and children, Sigma Huda. Implementation of General Assembly Resolution 60/251 of 15 March 2006 entitled "Human Rights Council"*. 24 January 2007, (UN Doc. A/HRC/4/23).

\_\_\_\_\_. *Report submitted by the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children, Joy Ngozi Ezeilo. Promotion and Protection of all Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, including the Right to Development*. 20 February 2009, (UN Doc. A/HRC/10/16).

\_\_\_\_\_. *Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of slavery, including its causes and consequences, Gulnara Shahinian. Thematic report on servil marriage*. 10 July 2012, (UN Doc. A/HRC/21/41).

\_\_\_\_\_. *Report of the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children, Joy Ngozi Ezeilo. Thematic Report*. 1 April 2014, (UN Doc. A/HRC/26/37).

\_\_\_\_\_. *Report of the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children, Maria Grazia Giammarinaro*. 1 March 2015, (UN Doc. A/HRC/29/38).

- U.N. Economic and Social Council. Commission on Human Rights. *Report of the Special Rapporteur Mr. Asbjørn Eide. Report on the right to adequate food as a human right*. 7 July 1987, (UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1987/23).
- \_\_\_\_\_. *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Ms. Radhika Coomaraswamy. Integration of the human rights of women and the gender perspective. Violence against women*. 29 February 2000, (UN Doc. E/CN.4/2000/68).
- \_\_\_\_\_. *Report of the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children, Ms. Sigma Huda. Integration of the Human Rights of Women and the Gender Perspective*. 22 December 2004, (UN Doc. E/CN.4/2005/71).
- \_\_\_\_\_. *Report of the Special Rapporteur on the human rights aspects of the victims of trafficking in persons, especially women and children, Sigma Huda. Integration of the Human Rights of Women and a Gender Perspective*. 27 March 2006, (UN Doc. E/CN.4/2006/62/Add.1).

### Resoluciones de la AGNU

- U.N. General Assembly. Resolution 843 (IX), *Status of women in private law: customs, ancient laws and practices affecting the human dignity of women*. 514th plenary meeting, 17 December 1954.
- \_\_\_\_\_. Resolution 2920 (XXVII), *Exploitation of labour through illicit and clandestine trafficking*. 15 November 1972, (UN Doc. A/RES/2920(XXVII)).
- \_\_\_\_\_. Resolution 33/177, *Draft Convention on the Elimination of Discrimination Against Women*. 20 December 1978, (UN Doc. A/RES/33/177).
- \_\_\_\_\_. Resolution 48/104, *Declaration on the Elimination of Violence against Women*. 23 February 1994, (UN Doc. A/RES/48/104).
- \_\_\_\_\_. Resolution 49/166, *Traffic in women and girls*. 24 February 1995, (UN Doc. A/RES/49/166).
- \_\_\_\_\_. Resolution 50/167, *Traffic in women and girls*. 16 February 1996, (UN Doc. A/RES/50/167).
- \_\_\_\_\_. Resolution 51/66, *Traffic in women and girls*. 31 January 1997, (UN Doc. A/RES/51/66).
- \_\_\_\_\_. Resolution 52/98, *Traffic in women and girls*. 6 February 1998, (UN Doc. A/RES/52/98).

- \_\_\_\_\_. Resolution 53/116, *Traffic in women and girls*. 1 February 1999, (UN Doc. A/RES/53/116).
- \_\_\_\_\_. Resolution 55/67, *Traffic in women and girls*. 31 January 2001, (UN Doc. A/RES/55/67).
- \_\_\_\_\_. Resolution 57/176, *Trafficking in women and girls*. 30 January 2003, (UN Doc. A/RES/57/176).
- \_\_\_\_\_. Resolution 58/137, *Strengthening international cooperation in preventing and combating trafficking in persons and protecting victims of such trafficking*. 22 December 2003, (UN Doc. A/RES/58/137).
- \_\_\_\_\_. Resolution 59/156, *Preventing and punishing trafficking in human organs*. 20 December 2004, (UN Doc. A/RES/59/156).
- \_\_\_\_\_. Resolution 59/166, *Trafficking in women and girls*. 20 December 2004, (UN Doc. A/RES/59/166).
- \_\_\_\_\_. Resolution 61/144, *Trafficking in women and girls*. 19 December 2006, (UN Doc. A/RES/61/144).
- \_\_\_\_\_. Resolution 61/180, *Improving the coordination of efforts against trafficking in persons*. 20 December 2006, (UN Doc. A/RES/61/180).
- \_\_\_\_\_. Resolution 63/194, *Improving the coordination of efforts against trafficking in persons*. 18 December 2008, (UN Doc. A/RES/63/194).
- \_\_\_\_\_. Resolution 63/156, *Trafficking in women and girls*, 18 December 2008, (UN Doc. A/RES/63/156).
- \_\_\_\_\_. Resolution 64/178, *Improving the coordination of efforts against trafficking in persons*. 18 December 2009, (UN Doc. A/RES/64/178).
- \_\_\_\_\_. Resolution 65/190, *Trafficking in women and girls*. 21 December 2010, (UN Doc. A/RES/65/190).
- \_\_\_\_\_. Resolution 67/190, *Improving the coordination of efforts against trafficking in persons*. 20 December 2012, (UN Doc. A/RES/67/190).
- \_\_\_\_\_. Resolution 67/145, *Trafficking in women and girls*. 20 December 2012, (UN Doc. A/RES/67/145).
- \_\_\_\_\_. Resolution 68/192, *Improving the coordination of efforts against trafficking in persons*. 18 December 2013, (UN Doc. A/RES/68/192).
- \_\_\_\_\_. Resolution 69/149, *Trafficking in women and girls*. 18 December 2014, (UN Doc. A/RES/69/149).

\_\_\_\_\_. Resolution 70/179, *Improving the coordination of efforts against trafficking in persons*. 17 December 2015, (UN Doc. A/RES/70/179).

### Recomendaciones Generales de comités de derechos humanos

U.N. Committee on the Elimination of Discrimination against Women. General Recommendation No. 19, Violence against women, Eleventh sesión (1992). En *International Human Rights Instruments Volume II Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies. Note by the Secretariat*. (UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II)).

U.N. Convention on the Rights of the Child. Committee on the Rights of the Child. General Comment No. 6 (2005), *Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin*, Thirty-ninth session, 17 May – 3 June 2005, (UN Doc. CRC/GC/2005/6).

U.N. Human Rights Committee. General comment No. 6: Article 6 (Right to life), Sixteenth session (1982). En *International Human Rights Instruments Volume I. Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies*. (UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I)).

### Documentos e informes de la Organización Internacional del Trabajo

U.N. International Labour Office. *Information and Reports on the Application of Conventions and Recommendations. Report of the Committee of Experts on the application of Conventions and Recommendations*. 46th Session, Report III (Part IV). Geneva: ILO, 1962.  
<http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661%281962-46-IV%29191-289>  
[Consultado el 20 de julio de 2017].

\_\_\_\_\_. “Report of the Commission of Inquiry appointed under article 26 of the Constitution of the International Labour Organization to examine the observance by Myanmar of the Forced Labour Convention, 1930”. *Official Bulletin Special Supplement* LXXXI, Series B. Geneva, 1998.  
[http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09604/09604\(1998-81-serie-B-special-suppl\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09604/09604(1998-81-serie-B-special-suppl).pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].

\_\_\_\_\_. *A Global Alliance Against Forced Labour. Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and rights at Work*. Geneva:

*International Labour Conference*, 93<sup>rd</sup> Session, 2005. Report I (B). [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---declaration/documents/publication/wcms\\_081882.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_081882.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].

\_\_\_\_\_. *Eradication of Forced Labour. General Survey concerning the Forced Labour Convention, 1930 (No. 29), and the Abolition of Forced Labour Convention, 1957 (No. 105). Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (articles 19, 22 and 35 of the Constitution)*. Geneva: *International Labour Conference*, 96th Session, 2007. Report III (Part 1B). [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_089199.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_089199.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].

\_\_\_\_\_. *Global Estimate of Forced Labour: Results and methodology*, Special Action Programme to Combat Forced Labour (SAP-FL). Geneva: ILO, 2012. [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---declaration/documents/publication/wcms\\_182004.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_182004.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].

\_\_\_\_\_. *Strengthening action to end Forced Labour*. Geneva: *International Labour Conference*, Report IV (2B), 103<sup>rd</sup> Session, 2014. [http://www.oit.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_239814.pdf](http://www.oit.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_239814.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].

\_\_\_\_\_. *Fourth item on the agenda: Supplementing the Forced Labour Convention, 1930 (No. 29), to address implementation gaps to advance prevention, protection and compensation measures, to effectively achieve the elimination of forced labour*. Report of the Committee on Forced Labour, Provisional Record, 103rd Session, Geneva, May-June 2014. [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_246188.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_246188.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].

## Documentos de la Comisión de Derecho Internacional

- U.N. General Assembly. International Law Commission. *First report on jus cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur*, Sixty-eighth session Geneva, 2 May-10 June and 4 July-12 August 2016, (UN Doc. A/CN.4/693).
- U.N. International Law Commission. "State Responsibility". En *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II-Part 2. *Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-third session*, 2001. New York and Geneva: UN, 2007: 20-143. (UN Doc. A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2)). [http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc\\_2001\\_v2\\_p2.pdf](http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_2001_v2_p2.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].
- U.N. General Assembly. International Law Commission. *Report of the Study Group on Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*. Fifty-sixth sesión, Geneva, 2 May-3 June and 11 July-5 August 2005 (A/CN.4/L.676).

## Recomendaciones bajo el Consejo de Europa

### Council of Europe, Committee of Ministers

- Recommendation No. R (2000) 11, *on Action against Trafficking in Human Beings for the Purpose of Sexual Exploitation*. 19 May 2000.
- Recommendation Rec (2001)16, *on the Protection of Children against Sexual Exploitation*. 31 October 2001.
- Recommendation Rec (2002) 5, *on the Protection of Women against Violence*. 30 April 2002.

### Parliamentary Assembly of the Council of Europe

- Recommendation 1325 (1997), *Traffic in Women and Forced Prostitution*. 23 April 1997.
- Recommendation 1450 (2000), *Violence against Women in Europe*. 3 April 2000.
- Recommendation 1523 (2001). *Domestic slavery*. 26 June 2001.
- Recommendation 1526 (2001). *A Campaign against Trafficking in Children to put a stop to the East European Route: the Example of Moldova*. 27 June 2001.
- Recommendation 1545 (2002). *Campaign against Trafficking in Women*. 21 January 2002.

Recommendation 1610 (2003). *Migration connected with Trafficking in Women and Prostitution*. 25 June 2003.

Recommendation 1663 (2004). *Domestic slavery: servitude, au pairs and mail-order brides*. 22 June 2004

### Documentos, informes, estudios y guías

U.N. General Assembly. Report of the Secretary-General. *In-depth study on all forms of violence against women*. 6 July 2006, (UN Doc. A/61/122/Add.1).

U.N. Economic and Social Council. Report of the United Nations Secretary-General, *Slavery, the slave trade, and other forms of servitude*. 27 January 1953, (UN Doc. E/2357).

\_\_\_\_\_. *Slavery. Consultations concerning the desirability of a Supplementary Convention on Slavery and its possible contents*. 12 April 1954, (UN Doc. E/2540/Add.4).

\_\_\_\_\_. Resolution 1706 (LIII), 28 July 1972. *Exploitation of labour through illicit and clandestine trafficking*.

\_\_\_\_\_. *Recommended Principles and Guidelines on Human Rights and Human Trafficking. Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights to the Economic and Social Council*. 1-26 July 2002, (UN Doc. E/2002/68/Add.1).

U.N. Economic and Social Council. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. *The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights; The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights*. Geneva, 13 November-1 December 2000, (UN Doc. E/C.12/2000/13).

U.N. Inter-agency Coordination Group against Trafficking in Persons. *An analytical review 10 years on from the adoption of the UN Trafficking in Persons Protocol*. October 2010. [https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/ICAT/ICAT\\_Background\\_Paper.pdf](https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/ICAT/ICAT_Background_Paper.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].

U.N. United Nations High Commissioner for Refugees. *Guidelines on Determining the Best Interest of the Child*, May 2008. <http://www.unhcr.org/4566b16b2.pdf> [Consultado el 20 de julio de 2017].



- U.N. United Nations Office Drugs and Crime. *Toolkit to Combat Trafficking in Persons*. Global Programme against trafficking in Human Beings. New York, 2008. [https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/HT\\_Toolkit08\\_English.pdf](https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/HT_Toolkit08_English.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].
- \_\_\_\_\_. *International Framework for Action to Implement the Trafficking in Persons Protocol*. New York, 2009. [https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Framework\\_for\\_Action\\_TIP.pdf](https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Framework_for_Action_TIP.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].
- \_\_\_\_\_. *Issue Paper: The concept of “exploitation” in the Trafficking in Persons Protocol*. Vienna: UN, 2015. [https://www.unodc.org/documents/congress/background-information/Human\\_Trafficking/UNODC\\_2015\\_Issue\\_Paper\\_Exploitation.pdf](https://www.unodc.org/documents/congress/background-information/Human_Trafficking/UNODC_2015_Issue_Paper_Exploitation.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].
- U.N. Office of the High Commissioner for Human Rights. Economic, Social and Cultural Rights. *Handbook for National Human Rights Institutions*. Professional Training Series No 12, New York and Geneva, 2005. <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training12en.pdf> [Consultado el 20 de julio de 2017].
- \_\_\_\_\_. *Commentary. Recommended Principles and Guidelines on Human Rights and Human Trafficking*. New York and Geneva, 2010. [http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Commentary\\_Human\\_Trafficking\\_en.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Commentary_Human_Trafficking_en.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].
- U.N. United Nations Development Programme. *Human Development Report*. New York-Oxford: Oxford University Press, 1994. [http://hdr.undp.org/sites/default/files/reports/255/hdr\\_1994\\_en\\_complete\\_nostats.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/reports/255/hdr_1994_en_complete_nostats.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].
- U.N. Audiovisual Library of International Law. *Convention for the Suppression of the Trafficking in Persons and of the Exploitations of Prostitution of Others, 1950*. 2013. [http://legal.un.org/avl/pdf/ha/uncstpepo/uncstpepo\\_ph\\_e.pdf](http://legal.un.org/avl/pdf/ha/uncstpepo/uncstpepo_ph_e.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].
- U.N. and Council of Europe. *Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs*. Joint Council of Europe/UN Study Council of Europe/United Nations, 2009. [369](https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/council-</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

un\_study\_on\_trafficking\_in\_organs\_2009\_en\_1.pdf [Consultado el 20 de julio de 2017].

E.U. EUROPOL. *Situation Report. Trafficking in human beings in the EU*. The Hague, February 2016, Document Ref No: 765175. [https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/situational\\_report\\_trafficking\\_in\\_human\\_beings-europol.pdf](https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/situational_report_trafficking_in_human_beings-europol.pdf) [Consultado el 20 de julio de 2017].

### Otros documentos e informes y legislaciones nacionales

Australian Government/Attorney-General's Department (Criminal Justice Division). *Discussion Paper : Forced and Servile Marriage*. 2010. <https://www.ag.gov.au/Consultations/Documents/Consultationonforcedandservilemarriage/Discussion%20Paper%20for%20Public%20Release%20forced%20and%20servile%20marriage.pdf> [Consultado el 20 de julio de 2017].

Código Penal Austriaco. *Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch - StGB)* Consultable en: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002296>

España. *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995; Última modificación: 28 de abril de 2015. Referencia: BOE-A-1995-25444.

\_\_\_\_\_. *Plan Integral de lucha contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual 2015-2018* del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

[http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/planActuacion/planContraExplotacionSexual/Docs/Plan\\_Integral\\_Trata\\_18\\_Septiembre2015\\_2018.pdf](http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/planActuacion/planContraExplotacionSexual/Docs/Plan_Integral_Trata_18_Septiembre2015_2018.pdf)

\_\_\_\_\_. *Estrategia Madrileña contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual 2016-2021*, Comunidad de Madrid, Consejería de Políticas Sociales y Familia, Dirección General de la Mujer, España, 2016. <http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadervalue1=filename%3DEstrategia+Madrile%C3%B1a+co>

ntra+la+Trata.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1352911229759&ssbinary=true

- \_\_\_\_\_. *Protocolo de actuación institucional sobre adopción de medidas de prevención, investigación e tratamiento ás mulleres vítimas de trata con fins de explotación sexual*, Fiscalía Superior da Comunidade Autónoma de Galicia, Xunta de Galicia, 2012.  
<http://www.msssi.gob.es/va/ssi/violenciaGenero/tratadeMujeres/ProtocoloMarco/DOC/ProtocoloGalicia.pdf>
- \_\_\_\_\_. *Protocolo de coordinación y actuación con mujeres y niñas víctimas de trata con fines de explotación sexual*, Gobierno de Navarra, Departamento de Relaciones Ciudadanas e Institucionales, 2016.  
<http://www.itxaropengune.org/wp-content/uploads/2016/12/Protocolo-trata-1-5.pdf>
- \_\_\_\_\_. *Protocolo de Extremadura contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual*, Gobierno de Extremadura, 2015.  
<http://www.msssi.gob.es/va/ssi/violenciaGenero/tratadeMujeres/ProtocoloMarco/DOC/ProtocoloExtremadura.pdf>
- \_\_\_\_\_. Congreso de los Diputados. *Subcomisión para el análisis y estudio de la trata de seres humanos con fines de explotación sexual*. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie D Núm. 700, de 9 de julio de 2015, pp. 32- 93.  
[http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/BOCG/D/BOCG-10-D-700.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/D/BOCG-10-D-700.PDF)
- Red Española contra la Trata de Personas. *Informe de la Red Española contra la Trata de Personas para la coordinadora europea de lucha contra la trata, Visita oficial a España 26 y 27 febrero de 2015*. <http://www.ecpat-spain.org/imagenes/tablaContenidos05sub/Informe%20de%20RECTP%20%20para%20Coordinadora%20Europea%20Marzo%202015.pdf> [Consultado el 20 de julio de 2017].
- Transparency International. *Corruption and Human Trafficking*. Working Paper 03, 2011. [http://issuu.com/transparencyinternational/docs/ti-working\\_paper\\_human\\_trafficking\\_28\\_jun\\_2011?mode=window&backgroundColor=%23222222](http://issuu.com/transparencyinternational/docs/ti-working_paper_human_trafficking_28_jun_2011?mode=window&backgroundColor=%23222222) [Consultado el 20 de julio de 2017].

## Enlaces de interés

Enlace para la consulta de la cronología de la actividad de la Sociedad de las Naciones.

[http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/\(httpAssets\)/3DA94AAFE9E8E76C1256F340047BB52/\\$file/sdn\\_chronology.pdf](http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/(httpAssets)/3DA94AAFE9E8E76C1256F340047BB52/$file/sdn_chronology.pdf)

Enlace para la consulta del estado de las ratificaciones de la *Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others*, 1949.

[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=VII-11-a&chapter=7&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=VII-11-a&chapter=7&clang=_en)

Enlace para comparar las adiciones al texto del CEDH de los sucesivos protocolos (http://www.echr.coe.int/Documents/Library\_Collection\_ProtocolsTable\_ENG.pdf) con el texto original (http://www.echr.coe.int/Documents/Collection\_Convention\_1950\_ENG.pdf)

Enlace fuente y acceso al mapa interactivo sobre el estado de las legislaciones sobre prostitución en el mundo: [https://asabennett.carto.com/viz/197aab94-083d-11e5-b14f-0e49835281d6/public\\_map](https://asabennett.carto.com/viz/197aab94-083d-11e5-b14f-0e49835281d6/public_map) Año: 2015. Visto en: <http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/law-and-order/11642984/Prostitution-pimping-and-brothels-how-legal-are-they-across-the-world.html>

Enlace a la ILO para mostrar la visión del trabajo forzoso allí promovida. [http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS\\_181922/lang--en/index.htm](http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_181922/lang--en/index.htm)

## Fuentes Jurisprudenciales

### Tribunal Europeo de Derechos Humanos

*Affaire Chowdury et autres c. Grèce*, 30/03/2017, Recueil des arrêts et décisions 2017.

*Affaire J. et autres c. Autriche*, Recueil des arrêts et décisions 2017.

*Case of J. and others v. Austria, Application no. 58216/12*, Reports of Judgments and Decisions 2017 (extracts), 17 January 2017.

*Affaire L.E. c. Grèce*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Requête no 71545/12, 21 janvier 2016.

*Case of A. v. The United Kingdom*, Judgment 23 September 1998, Reports 1998-VI.

*Case of Airey v. Ireland*, Judgement 9 October 1979, Series A no. 32.

*Case of Christine Goodwin v. The United Kingdom*, Judgment 11 July 2002, Reports of Judgments and Decisions 2002-VI.

*Case of C.N. and V. v. France* 11/10/2012.

*Case of C.N. v. The United Kingdom*, 13/11/2012.

*Case of Demir and Baykara v. Turkey*, Judgement 12 November 2008, Reports of Judgments and Decisions 2008.

*Case of Deumeland v. Germany*, Judgment 29 May 1986, Series A no. 100.

*Case of Dickson v. The United Kingdom*, Judgment 4 December 2007, Reports of Judgments and Decisions 2007-V.

*Case of Dubská and Krejzová v. The Czech Republic*, 15/11/2016, Reports of Judgments and Decisions 2016.

*Case of Dudgeon v. The United Kingdom*, Judgment 22 October 1981, Serie A No. 45.

*Case of Feldbrugge v. The Netherlands*, Judgment 29 May 1986, Series A no. 99.

*Case of Ferrazzini v. Italy*, Judgment 12 July 2001, Reports of Judgments and Decisions 2001-VII.

*Case of Golder v. The United Kingdom*, Judgment 21 February 1975, Series A no. 18.

*Case of Ireland v. The United Kingdom*, 18 January 1978, Series A no. 25.

*Case of Johnston and others v. Ireland*, Judgment 18 December 1986, Series A no. 112.

*Case of Khamtokhu and Aksenchik v. Russia*, Reports of Judgments and Decisions 2017, 24/01/2017.

*Case of Konstantin Markin v. Russia*, Judgment 22 March 2012, Reports of Judgments and Decisions 2012.

*Case of Kruslin v. France*, Judgement 24 April 1990, Series A no. 176-A.

*Case of Lithgow and others v. The United Kingdom*, Judgment 8 July 1986, Series A no. 102.

*Case of Loizidou v. Turkey*, (preliminary objections), Judgment 23 March 1995, Series A no. 310.

*Case of M. and Others v. Italy and Bulgaria*, 31/07/2012.

*Case of Marckx v. Belgium*, Judgment 13 June 1979, Series A no. 31.

*Case of Matthews v. The United Kingdom*, Judgment 18 February 1999, Reports of Judgments and Decisions 1999-I.

*Case of MOUVEMENT RAËLIEN SUISSE v. Switzerland*, Judgment 13 July 2012, Reports of Judgments and Decisions 2012.

*Case of Nada v. Switzerland*, Judgement 12 September 2012, Reports of Judgments and Decisions 2012.

*Case of Nait-Liman v. Switzerland*, 21/06/2016.

*Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*. Judgement of 7 January 2010, Reports of Judgments and Decisions 2010.

*Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” v. Belgium*, Judgement 23 July 1968, Serie A no. 6.

*Case of Seguin v. France* (dec.), no. 42400/98, 7 March 2000.

*Case of Selmouni v. France*, Judgment 28 July 1999, Reports of Judgments and Decisions 1999-V.

*Case of Siliadin v. France*, Judgment 26 July 2005, Reports of Judgments and Decisions 2005-VII.

*Case of Tyrer v. The United Kingdom*, Judgment 25 April 1978, Series A no. 26.

*Case of V.C. v. Slovakia*, 08/11/2011, Reports of Judgments and Decisions 2011.

*Case of Van der Mussele v. Belgium*, Judgment 23 November 1983, Series A no. 70.

*Case of Van Droogenbroeck v. Belgium*, no. 7906/77, Commission decision of 5 July 1979, DR 17.

*Case of Van Droogenbroeck v. Belgium*, Commission's report of 9 July 1980, Series B no. 44.

*Case of X and Y v. The Netherlands*, Judgement 26 March 1985, Serie A no. 91.

*Case of Young, James and Webster v. The United Kingdom*, Judgment 13 August 1981, Series A no. 44.

*Case of Z and others v. The United Kingdom*, Judgment 10 May 2001, Reports of Judgments and Decisions 2001.

*Décision J.A. c. France*, 27/05/2014.

*Décision V.F. c. France*, Requête no 7196/10, 29/11/2011.

### Otros tribunales

ICJ. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, judgement of 5 February 1970.  
[http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/1970.02.05\\_barcelona\\_traction.htm](http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/1970.02.05_barcelona_traction.htm) [Consultado el 20 de julio de 2017].

SCSL. *Prosecutor v. Alex Tamba Brima et als. (Prosecutor v. Brima)*, Special Court for Sierra Leone, Appeals Chamber, SCSL-2004-16-A, 22 February 2008.

TPIY. *Prosecutor v. Kunarac, Vukovic y Kovac*, Appeals Chamber Judgement, 12 de junio del 2002.